NEUQUEN, 27 de marzo del año 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"LLANCAFILO SANCHEZ JAVIER M. C/ FERNANDEZ JUAN EMILIO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"**, (**JNQCI3 EXP** Nº **501918/2014**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Marcelo **MEDORI** en legal subrogancia (conf. Ac. 14/2017), con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 265/269, que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente sostiene que en autos se encuentra acreditada la celebración del contrato mediante el cual el demandado puso a disposición de la parte actora las instalaciones recreativas, donde previo pago de una entrada, el accionado alquiló al actor dos pares de patines de hielo, así como el uso de la pista de patinaje, para sí y para su hijo.

Dice que también se ha probado que como consecuencia del accidente sufrido por la persona menor de edad, ésta perdió la última falange del dedo meñique de la mano derecha.

Sigue diciendo que la postura del juez de grado que puso a cargo del actor la prueba del vicio o defecto en la prestación del servicio contradice los fundamentos legales que rigen la materia, como así también la doctrina y jurisprudencia elaborada en torno a este tema.

Considera que el sentenciante de primera instancia realiza una interpretación errónea del art. 40 de la

Ley de Defensa del Consumidor, pasando por alto las disposiciones de sus arts. 5 y 6.

Señala que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta que el patinaje sobre hielo implica por si solo una actividad de riesgo, y por ende requiere de la utilización de equipamiento específico para adaptarse a las características de la pista; siendo necesarios contar con elementos de protección, entre otros, para minimizar el daño en caso de caídas.

Cita jurisprudencia.

Insiste en que el demandado realiza una actividad económica, donde cobra un precio para utilizar una pista de patinaje, con alquiler de patines para realizar la actividad, la que es riesgosa, más aún cuando el ingreso es permitido al público en general, sin verificar si tienen conocimientos previos para realizar esa práctica.

Destaca que de la prueba colectada no surge que el demandado tuviera a disposición de los usuarios los elementos de seguridad necesarios.

b) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 294/296 vta.

Dice que el fallo de primera instancia entendió que, de no haber el señor Llancafilo pisado el dedo de su hijo de seis años, con la fuerza y presión generadas por el peso de una persona adulta, al tratar de levantarse del suelo, el daño no se habría producido, por lo que la demandada se encuentra exenta de responder.

Sigue diciendo que el patín o la pista o la prestación del servicio, por sí solos y sin vicio o defecto, no cortan la falange del dedo de un niño.

Insiste en que de la prueba producida no surge la existencia de vicios o defectos en la prestación del servicio, sino que, por el contrario, la pista y los patines estaban en perfectas condiciones, que existía servicio de ambulancia y que se contaba con seguro vigente.

Entiende que el hecho que interrumpe la responsabilidad de su parte es la culpa del padre del niño.

Señala que la contraparte pretende modificar con sus agravios el objeto de la demanda, incorporando cuestiones que no estaban planteadas, como la presunta obligación de uso de equipamiento específico.

Afirma que se encuentra probado que la pista de patinaje le informó al padre del niño, en su carácter de persona mayor de edad y de cliente, mediante cartelería a la vista y en distintas ubicaciones, que los menores no pueden ingresar solos, que el ingreso de los mismos es bajo la exclusiva responsabilidad del adulto que ingresa a la pista de hielo y que, en caso de considerarlo necesario, existían profesores para el dictado de clases; y que, además se notifica al público en general que la empresa no se responsabiliza por accidentes que puedan ocurrir dentro de la pista, en tanto que quién ingresa a patinar lo hace bajo su exclusiva responsabilidad.

Agrega que también se encuentra exhibida la información que, en caso de emergencia, deberá comunicarse con CIMA, constando el número de teléfono.

c) A fs. 299 obra dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, el que considera que debe confirmarse la sentencia de grado, entendiendo que en la producción del daño hubo culpa in vigilando del progenitor.

II.- La sentencia de primera instancia, si bien no discute la existencia de una relación de consumo entre las

partes, considera que no puede ser aplicado el art. 40 de la ley 22.240, en tanto no se acreditó un vicio o defecto en la prestación del servicio como causa eficiente del daño.

En oportunidad de sentenciar la causa "Vergara c/ Houvardas" (expte. n° 425.628/2010, sentencia de fecha 28/7/2016) dije que: *"Surge claro que la relación habida entre las partes se enmarca en la Ley 24.240. La demandada hace oferta pública de un servicio de recreación o entretenimiento…La actora, turista en el balneario Las Grutas, contrata la actividad recreativa.*

"Nos encontramos, entonces, ante una relación de consumo.

"El art. 42 de la Constitución Nacional establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en las relaciones de consumo, a la protección de su salud y seguridad.

"Esta manda constitucional se refleja en el art. 5° de la Ley 24.240, en cuanto regla que las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

"Conforme lo señala Liliana Schvartz, el proveedor en el marco de una relación de consumo no sólo es responsable por la prestación explícita a la que se hubiere comprometido, sino que también asume, conjuntamente con aquella, la obligación de seguridad, que no es otra cosa que la preservación de la integridad física, psíquica y moral del consumidor (cfr. aut. cit., "Daños en parques de diversiones", LL 2016-A, pág. 43).

"Es así que el ya citado art. 5° de la Ley 24.240 establece este principio de seguridad orientado a la

protección de la persona del consumidor de manera integral. Por un lado, supone una faz preventiva, con el objetivo de minimizar los riesgos que los productos o servicios pueden causar a la salud y seguridad de los consumidores, importando un control de los procesos de producción y prestación de los servicios. Por otro lado, esta protección contiene una faz reparatoria de los daños causados por productos o servicios basada en un factor objetivo de atribución –deber de seguridad- (cfr. Cao, Christian – Gamarra, Gonzalo, "Vigencia y ampliación de la protección de la integridad física del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCCyC, febrero/2016, pág. 299).

"En autos, el prestador del servicio de recreación tenía la obligación de brindar la prestación comprometida (paseo marítimo con caídas al agua), y, además, la de preservar la integridad física de los participantes.

"La jurisprudencia ha sostenido que quién explota un establecimiento con juegos destinados al esparcimiento, no sólo asume la obligación de prestar el servicio para el cual se lo contrató (recreación, animación, etc.) sino que también en forma simultánea, implícita y anexa a aquella obligación principal debe hacerse cargo de la obligación de preservar la integridad física y moral de los participantes de los juegos y entretenimientos que brinda (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala M, "Iacopini c/ Mundo Marino S.A.", 1/11/2005).

"Tratándose de un deber que se funda, para la reparación, en un factor objetivo de atribución, el solo acaecimiento del daño hacer presumir su incumplimiento y la responsabilidad del prestador y de todo el que haya intervenido en la cadena de comercialización (art. 40, Ley 24.240).

"Frente a este deber de seguridad en nada influye que los demandados contaran con autorización para prestar el servicio de entretenimiento, ya sea por parte de la municipalidad local, como por parte de la Prefectura Naval Argentina. Tal como sostienen Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecasas, no son eximentes de responsabilidad ni la autorización administrativa para la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención (cfr. aut. cit., "Responsabilidad por daños", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. IV, pág. 287).

"De lo dicho se sigue que tampoco resulta eximente de la responsabilidad de los demandados el hecho que hayan cumplido con las medidas de seguridad indicadas por la autoridad de aplicación (colocación de chalecos salvavidas y cascos, e impartir instrucciones con carácter previo al comienzo de la actividad).

"Reitero, era deber de los demandados que la actora no sufriera daños durante el desarrollo de la actividad recreativa.

"En este marco de análisis tampoco cabe aplicar la asunción del riesgo por parte de la víctima.

"La denominada asunción o aceptación de riesgos como eximente de responsabilidad no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina, aunque actualmente el Código Civil y Comercial ha zanjado la controversia (art. 1.719). Sebastián Picasso señala que, muchas veces, la idea de la aceptación de riesgos es empleada para impedir la aplicación de un factor objetivo de atribución. Así se ha hecho, por ejemplo, en el supuesto de actividades que implican riesgos, tales como autos chocadores, alquiler de motos o kartings, pistas de esquí. Sin embargo, afirma el autor citado, la doctrina mayoritaria se ha manifestado en contra de conferir a la aceptación de riesgos

el carácter de una causa de justificación, o de fundar en ella la exclusión del factor de atribución objetivo que resulte aplicable al caso y cita, en tal sentido, la declaración de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: "La asunción de riesgos genéricos de la vida moderna no implica relevar de responsabilidad al eventual dañador. La sociedad de riesgos no autoriza su invocación como eximente frente al daño producido. En materia de riesgos, como principio general, asumir el riesgo no significa asumir el daño… La asunción de riesgos no se erige en una causal autónoma de eximición de responsabilidad. La sola asunción de riesgos no permite la liberación del responsable. Debe analizarse si la conducta de la víctima configura desde el punto de vista causal el hecho de la víctima. La sola circunstancia de compartir el beneficio de la utilización de una cosa o participación en una actividad riesgosa no importa la asunción de los daños que de ella se deriven ni convierten en guardián de ellas al participante si no comparte el control, dirección o gobierno de la actividad o cosa riesgosa" (cfr. aut. cit., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VIII, pág. 377/378).

"Tal como ya lo señalé, el nuevo Código Civil y Comercial expresamente determina que la exposición voluntaria de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad, a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal (art. 1.719). Si bien por la época de acaecimiento del hecho dañoso la nueva legislación no resulta de aplicación para dirimir la controversia de autos, de todos modos, y como ya lo he sostenido, la nueva legislación ha de servir como pauta orientadora de lo querido por el legislador en supuestos de dudas o controversias en la interpretación de una norma o

instituto anteriores (cfr. autos "Cheuquel c/ Construcciones Industriales S.A.", expte. n° 352.182/2007, P.S. 2016-I, n° 7).

"Consecuentemente, teniendo que optar por una u otra posición doctrinaria he de estar aquella, mayoritaria, que no considera la asunción del riesgo como un eximente de responsabilidad".

A la luz de estos conceptos, y siendo la situación de autos similar a la analizada en el precedente citado, adelanto opinión en orden a que el fallo de grado debe ser revocado.

III.- En efecto, el demandado explota comercialmente una pista de patinaje sobre hielo, haciendo oferta pública de ese entretenimiento.

Respondiendo a la oferta indiscriminada del servicio recreativo, el actor contrató la utilización de la pista para sí y para su hijo menor de edad, contratación que fue celebrada sin objeciones por parte del demandado.

Luego, el deber del demandado era que ambos clientes o usuarios del servicio disfrutaran del entretenimiento sin sufrir daño alguno.

Tal como lo sostiene Sebastián Serrano Alou, el organizador de un espectáculo público de esparcimiento, en el caso una pista de patinaje sobre hielo, asume la obligación de garantizar al público cierta seguridad, siendo esta obligación de resultado. Agrega el autor citado que, para parte de la doctrina, el deber de seguridad es un principio jurídico superior, de igual jerarquía que el deber legal de no dañar (cfr. aut. cit., "La responsabilidad de los dueños de locales bailables", LL 0003/013656).

Por tanto, y conforme se desarrolló en el apartado anterior, existiendo el daño –hecho no controvertido en autos-, se presume la responsabilidad del propietario del establecimiento.

Ahora bien, conforme la posición de la parte demandada debe analizarse si la conducta del padre del niño opera como punto de ruptura, que libere de responsabilidad al demandado.

Respecto de la cartelería que se exhibe en el lugar, en la que se ofrecen profesores de patín, se prohíbe el ingreso de menores solos a la pista, o se atribuye responsabilidad a la persona mayor de edad que ingrese conjuntamente con el menor, o incluso se sostiene que quién ingresa a la pista lo hace bajo su exclusiva responsabilidad, sin que la empresa propietaria del lugar se haga cargo de los eventuales accidentes, resulta irrelevante frente al deber de seguridad del empresario en el contrato de consumo.

Lo cierto e importante es que el demandado permitió, previo pago del precio, el ingreso del actor y su hijo a la pista de patinaje, proveyéndoles de patines para la actividad, no surgiendo de la prueba aportada a la causa que se les haya preguntado sobre su experiencia en el patín sobre hielo, o que se les haya impedido el ingreso a la pista por tal motivo, o que se les haya obligado a ingresar con un instructor.

En cuanto a la conducta del padre, entiendo que tampoco resulta relevante como para eximir de responsabilidad al demandado.

Ninguno de los testigos que declararon en autos relató cómo sucedieron los hechos que desembocaron en la lesión de la persona menor de edad, por lo que he de estar al relato contenido en la demanda, en tanto se trata del

reconocido por la parte actora; y el acaecimiento del hecho dañoso, en las circunstancias descriptas en la demanda, fue reconocido por la demandada.

Se dice en el escrito inicial: *"…una vez que fueron entregados los patines por dependientes del local, ingresamos a la pista de patinaje de hielo con el cuidado necesario, luego de haber dado una serie de vueltas alrededor de la misma, mi hijo que venía adelante trastabilla y cae adelante mío haciéndome caer también junto a él… en el momento que estábamos intentando levantarnos junto con mi hijo, éste en un acto imprevisto vuelve a trastabillar y cae nuevamente al hielo, en eso cuando trato de reponerme le piso el dedo meñique derecho, provocándole una herida cortante"*.

Cuando se invoca una eximente de responsabilidad en supuestos de responsabilidad objetiva, cabe considerar que no cualquier interferencia en la sucesión de hechos constituye aquella conducta hábil para determinar la ruptura del nexo causal.

Luis R. J. Sáenz precisa que en materia de consumo, frente al deber de indemnidad que pesa sobre el proveedor, la conducta desarrollada por la parte débil de la relación de consumo debe apreciarse con especial estrictez, dado que, previo al accionar de este último, muchas veces concurre la omisión por parte del sindicado como responsable de adoptar las medidas necesarias e ineludibles para que el daño no se produzca (cfr. aut. cit., "La responsabilidad por productos y el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor", en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2017-2, pág. 233).

Bajo estos parámetros de análisis no encuentro que la conducta del padre resulte apta para eximir de responsabilidad al demandado.

Es cierto que el autor material de daño al hijo es el propio padre, pero debe tenerse presente que éste se encontraba utilizando el mismo servicio recreativo que su hijo; no advirtiéndose que intencionalmente o con culpa grave o temeridad haya provocado el daño en la mano del menor.

Entiendo que se trató de un accidente, en el cual el padre estaba en la misma situación que su hijo, y que por las características del medio –pista de patinaje- tenía dificultad para incorporarse, al igual que el pequeño, y por ello no advirtió que pisaba la mano de su hijo al intentar pararse.

Además, dada la actividad que estaban realizando no puede entenderse que una caída sea algo excepcional, sino que por el contrario, aparece como una situación normal o, cuanto menos, que ocurre con cierta habitualidad. Por lo que tampoco puede achacarse negligencia o imprudencia al progenitor.

De lo dicho se sigue que la participación del padre no logra desdibujar la responsabilidad del proveedor del servicio, en tanto siendo habituales las caídas en la actividad que brinda al público, debió haber tomado medidas de seguridad para minimizar los riesgos que ellas entrañan, tales como obligar a utilizar guantes, o contar con personal que vigile el desempeño de los patinadores e intervenga en situaciones como la caída de padre e hijo, ayudándoles o asistiéndoles para continuar con el entretenimiento sin daño alguno.

En consecuencia, y conforme lo adelanté, he de propiciar la revocación del fallo de grado, y el acogimiento de la demanda en cuanto pretende que el demandado es responsable del daño sufrido por la persona menor de edad.

IV.- Sentado lo anterior, debo determinar la procedencia y extensión del resarcimiento.

Bajo el rótulo lucro cesante, la actora reclama la indemnización por la incapacidad física derivada del accidente.

Conforme el informe pericial médico de fs. 206/207 vta., el niño, como consecuencia del accidente sufrido, presenta amputación traumática de la última falange del meñique derecho, con una valoración de la incapacidad del 1%. Ninguna de las partes impugnó el dictamen pericial.

A efectos de determinar la reparación de la incapacidad sobreviniente, y con el objeto de lograr un justo equilibrio y una indemnización adecuada al daño sufrido, de conformidad con lo prescrito por el art. 1.746 del Código Civil y Comercial, vengo utilizando las dos fórmulas de matemática financiera (Vuotto y Méndez), promediando sus resultados.

A tal fin, tengo en cuenta que la edad del menor al momento del accidente era de 6 años, y en tanto no tenía ingresos económicos al momento del hecho dañoso, a los fines de la aplicación de las fórmulas señaladas tomo el salario mínimo, vital y móvil vigente a dicho momento (14 de septiembre de 2012), que ascendía a $ 2.670,00 mensuales (resolución n° 2/2012 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil).

Practicadas las operaciones de rigor arribo a la suma de $ 44.000,00, la que entiendo una justa reparación por el daño físico sufrido por la persona menor de edad.

V.- La actora reclama también la reparación del daño moral.

Con relación al monto de la reparación del daño moral hace ya tiempo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado una clara directriz rechazando las sumas simbólicas o exiguas, por considerarlas violatorias del principio alterum non laedere que surge del art. 19 de la Constitución Nacional (autos "Santa Coloma c/ E.F.A.", 5/8/1986, Fallos 308: 1.160).

Sin embargo, tampoco puede fijarse un monto en concepto de reparación del daño moral que, por su magnitud, desvirtúe la finalidad de esta reparación. Esto también ha sido señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que, siendo el daño moral insusceptible de apreciación pecuniaria, sólo debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado mediante una suma de dinero que no deje indemne la ofensa, pero sin que ello represente un lucro que justamente desvirtúe la finalidad de la reparación pretendida (autos "Quelas c/ Banco de la Nación Argentina", 27/6/2000, LL 2001-B, pág. 463).

Rubén H. Compagnucci de Caso sostiene que *"El mayor problema que suscita la reparación del daño extrapatrimonial o moral es la cuantificación o medida de su indemnización.*

"Es que paradójicamente uno de los argumentos centrales de quienes rechazan la categoría y su juridicidad indica el carácter arbitrario que tiene su determinación judicial.

"Nos encontramos en la zona más dificultosa de toda esta materia, ya que las teorías que sostienen su carácter resarcitorio, el importante contenido de ética que lo engloba, y la inocultable tendencia hacia la justicia del caso concreto, llevan a pretender una justa y adecuada reparación económica… Señala Pizarro, quién ha estudiado el tema con

profundidad y erudición, que es preciso no confundir la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización; y en el caso del daño moral primero es necesario establecer su contenido intrínseco, las variaciones en el tiempo por su agravación o disminución, y el interés espiritual lesionado; luego de ello determinar su entidad en el plano indemnizatorio cuantificando la indemnización… Debo señalar que el quantum dinerario por el daño moral tiene independencia absoluta de los de orden patrimonial. Para su estimación desinteresa la existencia de ambos tipos de perjuicios, y mucho menos aparece conveniente vincularlos y dar un cierto porcentaje de uno con relación al otro… El juez posee un cierto grado de libertad en la estimación, pero ello no lo libera de tener en cuenta y consideración ciertos elementos. No es posible desconocer la gravedad del perjuicio, el que se puede observar con un importante grado de objetividad, por aquello del id quod plerunque fit, es decir lo que ordinariamente ocurre o acaece conforme a un comportamiento medio o regular.

"El estado espiritual de la víctima es una pauta a tener en cuenta y consideración… La actuación y comportamiento del demandado, que tendría como objeción acercarse a la tesis de la pena privada, es a mi entender una cuestión que no se puede soslayar" (aut. cit., "La indemnización del daño moral. Avaluación del pretium doloris", Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2013-3, pág. 35/38).

La pericia psicológica de fs. 178/179 da cuenta del impacto que han tenido las consecuencias del accidente para el niño, señalando que la pérdida de parte de su dedo le produce tristeza, y que no le gusta que lo vean ya que tiene vergüenza. Agrega el niño, en el relato ante la perito psicóloga, que tuvo que cambiar de escuela porque sus compañeros lo cargaban.

Si bien el informe pericial psicológico fue impugnado por la parte demandada, entiendo que las explicaciones brindadas por la experta resultan satisfactorias. Tengo en cuenta de estas explicaciones, que en el estado general del niño, a nivel psíquico, también ha influido la separación de sus padres (fs. 193).

Luego, considerando lo informado por la perito psicóloga, el rendimiento escolar que lo llevó a repetir el primer grado, y las perturbaciones emocionales que razonable y probablemente el hecho dañoso, por sus características, produjo a la persona menor de edad, fijo la indemnización por daño moral en la suma de $ 50.000,00.

VI.- Finalmente, la actora reclama la reparación de los gastos de asistencia médica del niño.

Surge de las constancias de autos que el niño fue atendido, en todo momento, en el hospital público, por lo que no ha habido desembolso dinerario alguno para atender a gastos médicos y estudios complementarios.

Sin perjuicio de ello, y si bien el sistema público de salud es gratuito para el paciente, existen gastos de farmacia que deben ser afrontados por la víctima, tales como analgésicos, o elementos para la curación de la herida.

Teniendo en cuenta la lesión sufrida por el niño, estimo prudencialmente estos últimos gastos en la suma de $ 5.000,00.

VII.- En definitiva la demanda progresa por la suma de $ 99.000,00.

Este capital devengará intereses desde la fecha del accidente (14 de septiembre de 2012) y hasta su efectivo pago, el que se liquidará de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, con excepción de la indemnización

por daño moral, cuyos intereses se computarán de acuerdo con la tasa pasiva del mismo banco, en atención a la razones expuestas en autos “Billar c/ Consejo Provincial de Educación” (expte. n° 421.965/2010, sentencia de fecha 21/2/2017), y que se vinculan fundamentalmente con los valores tomados en cuenta para su determinación, remitiéndome a la fundamentación in extenso dada en el precedente citado.

VIII.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, y revocar el decisorio recurrido.

Recomponiendo el litigo, se hace lugar a la demanda, condenando al demandado a abonar a la parte actora, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de $ 99.000,00 con más sus intereses conforme lo determinado en el Considerando respectivo.

Las costas por la actuación en ambas instancias son a cargo de la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor en la primera instancia en el 16% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses, art. 20 de la ley 1.594) para el letrado patrocinante de la parte actora Dr. ...; y en el 11,2% de la base regulatoria para las letradas patrocinantes de la parte demandada Dras. ..., ... y ..., en conjunto, de conformidad con lo prescripto por los arts. 6 y 7 del arancel para abogados.

Los honorarios de los peritos, psicóloga ... y médico ... se fija en el 3% de la base regulatoria para cada uno de ellos, considerando la tarea cumplida y la adecuada proporción que deben guardar los emolumentos de los auxiliares con los de los abogados de las partes.

Los honorarios por la actuación ante la Alzada se fijan en el 5,6% de la base regulatoria para el Dr. ...; y en

el 3,36% de la base regulatoria, en conjunto para las Dras. ..., ... y ..., todo de acuerdo con lo normado por el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. Marcelo MEDORI dijo:

I.- Que habré de adherir en su mayor parte al voto que antecede, coincidiendo con la apreciación relacionada con la imputación para atribuir responsabilidad en los términos que expresaré, y a disentir respecto de la cuantificación del daño derivado de la incapacidad física, el que conforme las prescripciones del art. 1746 del CCyC y fórmula de matemática financiera que estimo aplicable –"Mendez"-, considero ajustado cuantificarlo en la suma de $80.979,46, propiciando establecer el monto de condena en la suma de $135.979,46.

II.- En principio, como anticipara, entiendo oportuno reseñar respecto a la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad por la reparación del daño a las personas individuales que, si bien puede haber causalidad en el sentido material o físico, no necesariamente ello implica que quien causó materialmente el perjuicio sea quien jurídicamente deba responder, que es en un paso posterior del análisis atiende la imputación; la primera es la que informa acerca de la conexión entre diversos elementos dentro del sistema de la naturaleza, haciendo inferencias a constataciones meramente materiales y/o fenomenológicas, mientras que la segunda es una verdadera atribución jurídica con relevancia en el mundo del derecho, que refiere a un enlace formal entre antecedente y consecuente que se expresa a través de reglas jurídicas.

Luego, en el caso, y como bien lo expresa mi colega en su fundado voto, si bien resulta incuestionable que no es posible desvincular el daño con el hecho del padre, más

este no se trata de un tercero extraño al titular del establecimiento recreativo, precisamente porque estaba también haciendo uso de las instalaciones, no habiéndose constatado que las caídas y que fuera pisada la mano del menor con el patín, fueran circunstancias extrañas o ajenas al desarrollo de la actividad respecto a las que se le impone a aquel el deber de seguridad.

III.- Que con motivo del análisis de la reparación de los daños a las personas individuales derivados de actos ilícitos, como ocurre en los presentes, en la causa **"CERVERO ROCAMORA ROSER Y OTRO C/ HIDALGO CLAUDIO ELIZABETH Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (EXTE. 422.099/10 Sent. 28.06.2016)**, sostuve que:

"… 2.- En orden a los cuestionamientos que los actores formulan a la sentencia de grado respecto a la reparación del daño sufrido, cabe atender que el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral está expresamente garantizado en el art. 5° de la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que tuvo recepción legislativa a través de la Ley N° 23054, y adquirió la misma jerarquía que las propias cláusulas de la Constitución Nacional por imperio de su art. 75, inc. 22), conforme reforma del año 1994.

Constituye un derecho no enumerado y garantizado implícitamente por la Constitución Nacional (art. 33), que la víctima de un menoscabo a bienes jurídicamente tutelados, como en el caso, la integridad psicofísica, perciba una compensación económica por el daño sufrido si se da el supuesto de que resulta imposible volver las cosas a su estado anterior.

La CSJN ha inferido el derecho a la reparación del principio general de no dañar a otro (alterum non laedere)

también ínsito en el primer párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional ("Santa Coloma" Fallos, 308:1160, "Aquino" Fallos 327:3753), así como en sus arts. 17 y 18 C.N.

La reparación de los daños sufridos ilícitamente corresponde al derecho que las personas tienen a verse libres y, por ende protegidas de toda interferencia arbitraria (o ilegal) en el ejercicio de sus derechos, sea que ésta provenga de particulares o del Estado. Este derecho básico a la autonomía e inviolabilidad de la persona subyace a la lista del art. 14 y al principio enunciado en el artículo 19, mientras que el derecho a reclamar su protección se encuentra establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional" (CSJN, "Diaz, Timoteo" Fallos 329:473 Voto Dra. Argibay).

"Los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica". (CSJN "Günter"-Fallos 308:1118).

Oscar Puccinelli expresa que el derecho a la reparación es un derecho perfectamente extraíble de las normas que explicitan algunos de sus contenidos, ya sea por la vía de los arts. 17 y 41; la del art. 75, inc. 22 (por los tratados sobre derechos humanos jerarquizados); o la del art. 33, que haría confluir a todas ellas a la vez. También entiende que la existencia concreta y palpable de un derecho fundamental a la reparación, surge de lo establecido en el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Derecho constitucional a la reparación", E.D. 167-969).

La Corte Suprema ha señalado que indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento (Fallos 283:212, "Aquino" Fallos 327:3753-Petrachi – Zaffaroni, "Cuello" Fallos 330:3483,-Lorenzetti).

La acción enderezada a obtener la reparación por la lesión al derecho personalísimo como lo es la integridad psicofísica, está contemplada tanto en el C.Civil como en el actual CCyC dentro de la genérica función resarcitoria regulada por la responsabilidad civil, antes extracontractual y contractual, ahora unificada, comprensiva de la reparación del daño moral, y que actualmente con mayores alcances fue regulado bajo la denominación “consecuencias no patrimoniales”.

El deber genérico de no causar daño a otros en su persona y en sus bienes, “alterum non laedere”, con rango de “deber jurídico” latente en el C.Civil (arts. 1066, 1068, 1072, 1086, 1109, 1113), es confirmado en la nueva redacción del art. 1716 del CCyC al imponer de manera más categórica, bajo el título “Deber de reparar”, que “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código”, y particularmente en punto al recaudo de la antijuridicidad, al disponer en su art. 1717 que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica sin no está justificada, superando los alcances del anterior art. 1066 del C.Civil que la equiparaba con la transgresión de una prohibición expresa dispuesta por una norma.

Por ello, atendiendo al fundamento constitucional de la función reparadora del daño, el nuevo CCyC ha unificado ambas órbitas de responsabilidad –contractual y extracontractual- y ha incorporado importantes cambios dirigidos a ampliar la caracterización y mejorar la

enunciación de los elementos de la responsabilidad civil, siempre en relación al daño resarcible (art. 1737), los factores de atribución (arts. 1721 y 1724), la antijuridicidad (art. 1717), y el nexo de causalidad (art. 1726), se han mantenido los mismos recaudos que se exigían bajo el régimen del C.Civil y que, por otra parte, fueron aplicados en la sentencia de grado.

Con mayor precisión, respecto a la indemnización del daño, el actual art. 1738 del CCyC prescribe que aquella comprende: “la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

Mientras el C. Civil sobre el daño patrimonial estipulaba que: “Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades” (art. 1068) , el actual art. 1737 del CCyC prescribe que lo hay “cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

“Por ende, el daño patrimonial reside en un resultado económico, y no en la preexistente lesión del derecho o del interés que genera ese resultado. ¿Acaso se dirá que un hecho sin consecuencia económica disvaliosa (perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria) produce daño patrimonial? El daño patrimonial provendrá de la lesión de un

interés económico vinculado con la preservación de un bien (patrimonial o extrapatrimonial); pero la lesión del interés no es el daño sino su causa generadora… no deben confundirse las lesiones que puede inferir un determinado hecho (en el caso, las ocasionadas a la integridad somática y síquica de la persona) con el o los daños resarcibles que aquellas lesiones pueden producir. La lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona. El daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos, es decir, consiste en el producto o resultado negativo de la violación del derecho, bien o interés de la víctima. No siempre surge un perjuicio resarcible a pesar de la causación de determinadas lesiones. Por ejemplo, no existe daño material alguno, a pesar del menoscabo de la integridad sicofísica, para quien ha visto cubiertos sus gastos terapéuticos por un ente mutual, no ha sufrido pérdida de ganancias durante el período de curación y no experimenta secuelas incapacitantes o aminorantes ulteriores.” (p. 48 vta. y 73 Matilde Zabala de Gonzalez, Resarcimiento de daños 2a, daños a las personas, integridad sicofísica).

El actual ordenamiento, a partir del art. 1746 da un paso significativo adoptando los criterios que la doctrina y jurisprudencia ya sostenían cuando se demandaba la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, permanente, total o parcial, señalando que debía ser evaluada mediante la determinación de un 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 al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades…“.

Que en lo que es materia de agravio, el nuevo art. 1746 del CCyC es preciso cuando estipula respecto a la

forma en que debe ser cuantificada económicamente los efectos de la disminución de la capacidad que afecta a la víctima:

"En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un 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 al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado."

Que sobre el particular, en el fallo antecedente que he citado, a los fines de adoptar el tipo de procedimiento de cálculo, consideré que:

"Luego, a los fines cuantificar la incapacidad sobreviniente en orden al porcentaje fijado, se habrá de atender a las perspectivas que recepta la fórmula matemática aplicada en la causa "Méndez Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otro s/ Accidente" (Sentencia Nº 89.654 – Sala III de la CNAT) que sigue el esquema de una fórmula de matemática financiera como lo exige el nuevo art. 1746 del CCyC, y por la que se incluyeron nuevas variables para mejorar y eliminar las falencias de la aplicada por el mismo tribunal en "Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina" (Sentencia Nº 36010), que resultaba insuficiente porque no contemplaba la totalidad del daño ocasionado a la víctima, en este caso trabajador, al no incluir la pérdida de la chance, déficit observado y subsanado por la CSJN en el fallo "Arostegui" (28/04/2008), reconociendo

la afectación de las relaciones sociales, deportivas, artísticas, además de poder sufrir lo que se llama “posibilidad futura de ascenso en su carrera“, que debe estar comprendido en todo valor indemnizable … ”.

Que en “Mendez” si bien para satisfacer las necesidades de indemnización actuales de los damnificados por los accidentes laborales, se eleva la vida productiva a 75 años de edad (antes en la fórmula Vuotto era de 65 años), estima que la víctima escalará en sus ingresos al menos 3 veces a lo largo de su vida útil, abandonando el criterio estático de la fórmula “Vuoto” y reduce la tasa de interés al 4%, cuando antes se justificaba el empleo de una tasa de interés de 6%, porque existían depósitos bancarios a dicha tasa mirando siempre de mantener el poder adquisitivo original.

Que en el caso, la fórmula impone considerar un porcentaje de incapacidad del 1%, la edad del hijo del actor, que a la fecha del accidente era de 6 años, coincidiendo con la pauta salarial seguida en el voto que antecede, consistente en adoptar el haber mínimo, vital y móvil vigente en dicha ocasión, por $2.670,00.

En consecuencia, aplicando a la citada fórmula C=a*(1-Vn)*1/i donde: Vn = 1/(1+i)n; a = salario mensual x (60 / edad del accidentado) x 13 x porcentaje de incapacidad; n = 75 – edad del accidentado; e, i = 4% = 0,04, se obtiene la suma de $80.979,46.

Que no sólo por considerar que se debe cumplir con la exigencia legal del art. 1740 del CCyC en relación a que la reparación del daño debe ser plena para atender una minusvalía estimada en la mitad de su capacidad psicofísica, que resulta incuestionable cómo interfererirá en su proyecto de vida, sino fundamentalmente, por tratarse de un niño (6

años), no se requiere de mayor prueba para concluir el impacto que producirá en las posibilidad de su progreso personal, en especial el laboral, como es acceder a determinadas tareas remuneradas, y obviamente a una escala mayor de retribución, que es lo que recepta la fórmula utilizada y que en el caso queda claramente configurado, de en al menos tres oportunidades repercutirá en una mejora de sus ingresos hasta alcanzar la edad de 75 años, a la que se estima se extenderá su vida útil.

IV.- En definitiva, atendiendo al análisis precedente que justifica las consecuencias perjudiciales de la víctima originadas en el ilícito, se habrá de elevar el monto de la indemnización por daño patrimonial derivada de la incapacidad física sobreviniente al accidente a $80.979,46, por lo que propiciaré al acuerdo establecer el monto de la condena en la suma de $135.979,46, con más intereses.

Existiendo disidencia en los votos que anteceden, se integra Sala con la Dra. Cecilia PAMPHILE, quien manifiesta:

El alcance del resarcimiento, la determinación del “cuánto” apropiado a fin de procurar el restablecimiento del perjudicado, es uno de los aspectos de mayor trascendencia en la labor judicial.

Porque indemnizar a la víctima insuficientemente –de asistirle el derecho- es muy injusto. “Sin embargo, y a contrario sensu, dar a la víctima más de lo que corresponde no implica necesariamente un acto de justicia sino de manifiesta arbitrariedad que es inconcebible ya que implicaría tanto como suprimir el daño original para la creación de uno nuevo, ahora, en cabeza del responsable del suceso dañoso… En todos los casos, de corresponder una reparación, debe establecerse el daño y con ello resulta de vital importancia advertir su

extensión puesto que será el límite o tope del resarcimiento que el sentenciante no podrá perder de vista … Ello presupone, además, el apego del juez a las circunstancias fácticas del caso, no pudiendo extenderse más allá de lo específicamente demostrado, con un correcto ajuste a la normativa contemplada por el legislador que, entre los principios rectores de este tema, contempla "… la reposición de las cosas a su estado anterior…" (art. 1083 del Código Civil)…" (Debrabandere, Carlos Martín, "La cuantificación del daño y la pérdida de "chance" en el proceso contencioso administrativo", publicado en: LLCABA 2009 (febrero), 18).

Así, el análisis resarcitorio necesariamente habrá de partir de la siguiente idea rectora: la reparación del daño debe ser "integral", es decir, debe procurar dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a que se le lesionaran sus derechos.

A tales efectos, es innegable la utilidad de las fórmulas de matemática financiera, en tanto permiten el control de la decisión adoptada sobre la base de datos objetivos, aunque su utilización debe ser flexible, pudiendo realizarse ajustes o correcciones. Esto significa que la fórmula matemática financiera es una pauta orientadora y no una inflexible o esteriotipada.

En tal entendimiento, he sostenido que: *"la utilización de la fórmula matemático financiera de uso común en la jurisdicción, es cierto, conduce a la objetivización del daño, otorgando pautas previsibles que colocan a las partes al resguardo de la mera discrecionalidad judicial ("Villalba Miguel Ramon C/Cadesa S.a. S/ Accidente Accion Civil" P.S 1998 -V- 995/1001, Sala I 29/12/1998), pero ello no obsta a que las circunstancias acreditadas en autos ameriten una determinada corrección en los parámetros de esa fórmula.*

Es que tales fórmulas juegan como un elemento más al lado de otras pautas que dependerán de las circunstancias acreditadas en cada caso concreto; en otros términos: son útiles "…para no fugarse -ni por demasía ni por escasez- del área de la realidad y para brindar, cuanto menos, un piso de marcha apisonado por la razonabilidad y objetividad que pueden extraerse de esos cálculos y sobre el cual caminar con todo el haz de pautas restantes hasta la tarifación buscada..." (cfr. Acciarri, Hugo Irigoyen Testa, Matías, "Fórmulas empleadas por la jurisprudencia argentina para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", publicado en: RCyS 2011-III, en cita del juez Roncoroni)" (Expte Nº 343.739/06; 328949/5, entre otros).

A mi criterio, ambas fórmulas que en términos generales se utilizan en el fuero (Vuotto y Méndez) son de utilidad y por ende, pueden servir de guía a la hora de realizar el cálculo de la indemnización a otorgar a la víctima. Pero con las siguientes salvedades:

La fórmula Voutto "de uso común en la jurisdicción" (genéricamente llamada "matemática" o "polinómica"), solo puede constituir un punto de inicio puesto que si se la utiliza sin contemplar aspectos extralaborales y/o eventuales variaciones en los ingresos, en muchos supuestos arroja un resultado que -en el tiempo actual-, se presenta reducido si se la compara, por ejemplo, con las indemnizaciones que se otorgan en el sistema de la L.R.T.

Una utilización que en algunos casos puede resultar inadecuada, partiría de asumir que un ingreso –o mejor dicho, una contraprestación pecuniaria a la capacidad- se reitera en idéntica magnitud para cada uno de los períodos futuros comprendidos en el cálculo.

Luego, con respecto a la fórmula Méndez (o Vuotto II), las variantes que introduce este método (referidas a la edad productiva, tasa de descuento y ganancia afectada para cada período), no representan, en rigor, una fórmula diferente a la anterior, sino que únicamente constituyen un modo de dar valor a sus variables (puede verse con mayor profundidad, Acciarri, Hugo A. Irigoyen Testa, Matías “Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales, RCyS 2011-VI, 22 y Acciarri “El artículo 1746 como nuevo sistema para calcular indemnizaciones y su diferenciación con los anteriores métodos”, DT 2015 (noviembre), 3, IMP 2016-1, 208).

Sin embargo, pese a que la fórmula intenta captar el aumento probable de los ingresos en función de la edad de la víctima, el inconveniente es que se diseña una estrategia en la cual, en definitiva, el ingreso computado sigue siendo único para todo el período.

El autor que vengo citando lo explica con claridad: “La fórmula que divide el ingreso presente por la edad al momento del hecho dañoso y multiplica ese cociente por 60, da por resultado el valor (único) del ingreso para todo el tiempo implicado en el cálculo, desde el primero hasta el último período. Para decirlo informalmente "supone" que ese ingreso máximo (la cota superior de la curva proyectada de ingresos) se replicará uniformemente, año a año, por todo el período de vida productiva”.

Por las razones que vengo sosteniendo, es que creo que ambas fórmulas deben ser tomadas como pauta de referencia en un correcto y prudencial balance que, para ser efectuado, debe indefectiblemente tener presente las variables de cada caso. Así, no puede prescindirse de las siguientes consideraciones:

* En la determinación deben computarse aspectos extralaborales: en el caso de las lesiones físicas el resarcimiento no debe limitarse únicamente al aspecto laborativo; la lesión a la integridad física "comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida" (cfr. CSJN, caso Pose Fallos 308:1110 y Fallos 312:2412).

* En supuestos donde el que reclama por incapacidad es un menor de edad, el que aún no ha accedido a su primer trabajo y donde tampoco se encuentra definido todavía el campo en el que se desempeñará, el resarcimiento tiene en mira no la disminución para realizar determinado trabajo sino la de sus posibilidades genéricas que podrán verse disminuidas en el futuro, al intentar ingresar al mercado laboral. Al igual que en la indemnización por pérdida de chance, se trata de indemnizar una posibilidad suficientemente fundada, casi una probabilidad, lo que convierte el daño en cierto (CCC Mar del Plata in re: “Campos de Mediavilla, Flora Enriqueta C/ D'Aloia, Daniel Edgardo” s/ indemnización de daños y perjuicios; Cc0101 Mp 107578 Rsd-65-99 S; 18/03/1999; Juez: De Carli (sd); Mag. Votantes: De Carli-Font; LD, íd., nº 16)” (citado en “Sánchez, Juan Pablo c/ Ticket Neuquén S.R.L. s/ Daños y perjuicios”, sentencia del 29/04/10).

* En los casos de ingresos desconocidos, si bien esta Alzada ha adoptado como valor de la variable el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente a la época de suceso dañoso, es necesario contemplar la posibilidad o chance de que ese ingreso se incremente o varíe en el futuro.

En orden a los parámetros indicados, considerando la edad de la víctima y la ausencia de elementos que, en

concreto, permitan apartarse de las estimaciones generales utilizadas en casos análogos, he de adherir al voto de la Dra. Clérici. **MI VOTO.**

Por ello, esta SALA II POR MAYORIA

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia de fs. 265/269 y hacer lugar a la demanda, condenando al demandado a abonar a la parte actora, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de $ 99.000,00 con más sus intereses conforme lo determinado en el Considerando respectivo.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias a cargo de la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la labor en la primera instancia en el 16% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses, art. 20 de la ley 1.594) para el letrado patrocinante de la parte actora Dr. ...; y en el 11,2% de la base regulatoria para las letradas patrocinantes de la parte demandada Dras. ..., Adriana Frutos y ..., en conjunto (arts. 6 y 7, ley 1.594).

IV.- Fijar los honorarios de los peritos, psicóloga ... y médico ..., en el 3% de la base regulatoria para cada uno de ellos.

V.- Determinar los honorarios por la actuación ante la Alzada en el 5,6% de la base regulatoria para el Dr. ...; y en el 3,36% de la base regulatoria, en conjunto para las Dras. ..., ... y ... (art. 15, ley 1.594).

VI- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA CLERICI - DR. MARCELO MEDORI - DRA: CECILIA PAMPHILE

Dra. MICAELA ROSALES - SECRETARIA