

San Carlos de Bariloche, 22 de agosto de 2023

VISTOS: Los autos caratulados SANZ, DARÍO ESTEBAN Y OTRA(POR SÍ Y EN REP. DE S.,I.) C/ CLUB ANDINO BARILOCHE S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (LEY 24.240) BA-07081-C-0000 para dictar sentencia, de los que

RESULTA: Que por seon/puma se presentaron Sanz, Darío Esteban y Garibotti, Irene Adriana, ambos por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad, S.I (DNI 48.052.909), patrocinados por los Dres. Joaquín Rodrigo y Rodolfo Rodrigo, y promovieron demanda de daños y perjuicios en los términos de la ley 24.240 contra el Club Andino Bariloche, a quien reclamaron la suma de \$8.110.000 (ocho millones ciento diez mil pesos) o lo que en más o en menos resulte de las probanzas de autos, mas sus correspondientes intereses y costas.-

Sostuvieron que durante los días 28 y 30 de enero de 2019, la Escuela Juvenil de Montaña del Club Andino Bariloche, de la que participaba su hijo, organizó una salida desde la zona del Río Manso al Lago Escondido, partiendo desde el campo de la Estancia Foyel, en el camino a El Bolsón.

Refirieron que la noche del segundo día de excursión, en fecha 29/01/19, encontrándose todo el grupo en la costa del Lago Escondido, su hijo junto con dos compañeros de la misma edad (11 años) estuvieron a cargo de la preparación de la cena por disposición del guía a cargo del grupo, como parte de las actividades de aprendizaje programadas en la Escuela. Para ello les fue otorgado a los niños -según sus dichos- un calentador marca MSR que utiliza combustible líquido y una olla de 12 litros de capacidad, aproximadamente de 25 cm de diámetro y 24 cm de altura, dimensiones superiores a las recomendadas por el fabricante del calentador, como se acreditará en la instancia procesal oportuna.

Mencionaron que el calentador está diseñado para ser utilizado con un contenedor cuyas dimensiones máximas son de 25 cm de diámetro por 15 cm de altura y con un peso máximo de 4,5 kg, lo que corresponde aproximadamente a 4 litros de capacidad. Además, el manual de instrucciones del calentador establece que no debe ser utilizado por niños ni debe permitirse su presencia cercana al mismo.

Conforme les habría relatado el niño y otros participantes de la actividad, al preparar la cena el grupo encargado llenó con agua la olla hasta $\frac{3}{4}$ de capacidad (aprox. 7,4 litros) y agregaron 2 paquetes de fideos, cantidad necesaria para 14 menores y 2 adultos. Afirmaron que el calentador se encontraba sobre suelo irregular y con cierta pendiente, y que el guía a cargo estaba dentro de su bolsa de dormir y a cierta distancia en metros

del área en la que los menores cocinaban.

Allí fue cuando su hijo, quien estaba arrodillado al lado de la olla, procedió a mezclar los fideos, lo que provocó que todo el contenido de la olla se volcara sobre sus miembros inferiores y genitales, ocasionándole severas quemaduras.

Ante esta situación, manifestaron que el niño corrió al lago y se sumergió en el agua.

Por ello, entienden que el accidente ocurrió debido a que, en el desarrollo de las actividades de la Escuela Juvenil de Montaña, el Club Andino promovió el uso por parte de los menores de un equipamiento de alto riesgo, ignorando todas las recomendaciones y advertencias del fabricante en cuanto a su uso, con el agravante de no existir protocolos de seguridad, según el mismo Club Andino habría reconocido en instancias posteriores al accidente.

Ocurrido esto, manifestaron que el guía del grupo pidió auxilio a la Estancia Lago Escondido, cuyo personal dispuso una lancha y una camioneta para evacuar al menor hasta el poblado de El Foyel (aprox. 80 km al sur de Bariloche), lugar donde fueron a buscarlo en su automóvil, habiendo sido notificados del accidente por Camila Chamizo, coordinadora de la Escuela, alrededor de las 20.30 hs.-

Indicaron que aproximadamente a las 22.30, el menor ingresó en el sanatorio San Carlos, donde recibió atención en el consultorio de urgencias pediátricas y quedó internado.

Alegaron que en fecha 30/01/19, el menor fue intervenido en el quirófano bajo anestesia general para practicarle las curaciones necesarias y continuó internado bajo tratamientos de calmantes, analgésicos y antibióticos.

Afirmaron que en fecha 31/01/19 se le realizó una nueva curación y por la tarde fue dado de alta.

El día 02/02/19, indicaron que concurren al Sanatorio San Carlos para la tercera curación en el consultorio de urgencias pediátricas donde -según refirieron- se le aplicaron al niño calmantes y analgésicos, pero el dolor fue intolerable para este, por lo que se decidió que se lo internaría nuevamente el día 04 de febrero para realizar la curación bajo anestesia general y en quirófano.

El 04/02/2019 se le efectuó al niño el tratamiento y se le dio el alta en horas del mediodía, pero por la tarde fue necesario regresar de urgencia al Sanatorio ya que el dolor era inaguantable para el niño y la situación era imposible de resolver sin la atención de especialistas. Allí le suministraron nuevamente calmantes, y en fecha 06/02/19 se le realizaron las curaciones con internación en Sanatorio San Carlos.

Detallaron y describieron las características de las lesiones, las prácticas médicas y tratamientos aplicados al menor, fundaron en derecho su pretensión, discriminaron los rubros indemnizatorios que componen su reclamo y ofrecieron pruebas.-

Impuesto que fuera el trámite del proceso ordinario y una vez dada la intervención a la Sra. Defensora de Menores, por seon/puma se presentó Gonzalo Pérez Cavanagh en su carácter de letrado apoderado del Club Andino Bariloche , con el patrocinio letrado de Ernesto Vicens.-

Contestó demanda, negó los hechos, negó la existencia de relación de consumo, solicitó la citación como tercero de Lucas Buzzerio y como citada en garantía a Federación patronal Seguros y ofreció pruebas.-

Describió las características, actividades que desarrolla y naturaleza del funcionamiento de su representada (sobre todo la de la Escuela Juvenil de Montaña), alegando que se trata de una asociación civil sin fines de lucro, por lo que niega la aplicación de la ley de defensa del Consumidor, en virtud de los fundamentos allí esgrimidos, a los que me remito.-

Fundo en derecho su defensa, ofreció pruebas y solicitó el rechazo de la demanda.-

Luego, por seon/puma se presentó Gladys Adriana Mehdi, en su carácter de apoderada de Federación Patronal Seguros SA, patrocinada por el Dr. Julián Pacheco.-

Contestó la citación en garantía, efectuó una extensa negativa de los hechos, la responsabilidad, los rubros reclamados y la existencia de una relación de consumo, reconoció la existencia de cobertura asegurativa a favor de la demandada y ofreció pruebas.-

Posteriormente, por seon/puma se presentó como tercero citado el Sr. Lucas Buzzeiro, patrocinado por los Dres. Gladys Adriana Mehdi y Julián Pacheco.-

Contestó la citación, negó los hechos, la responsabilidad, los rubros reclamados, la relación de consumo y ofreció pruebas.-

Sin perjuicio de ello, reconoció que en el lugar y fecha indicados por los actores en su demanda, efectivamente se encontraba a cargo (junto con Julieta Flak) de un grupo de niños, preparando una comida como parte de las actividades de una salida de montaña, oportunidad en la que el líquido que se encontraba dentro de una olla que se estaba calentándose en el piso, se volcó sobre I. S, en momentos en que éste y otros niños se dispusieron a revolver el contenido de la olla.-

Manifestó que le efectuó al menor los primeros auxilios con paños húmedos y procedió a arbitrar los medios para su evacuación, alegando que estuvo junto al niño en todo

momento, antes y después del accidente.-

En fecha 17/11/2021 se unificó la representación del demandado, el tercero citado y la citada en garantía en cabeza de la Dra. Gladys Adriana Mehdi (patrocinada por el Dr. Julián Pacheco) cesando la representación de los Dres. Perez Cavanagh y Vicens.-

En fecha 26/10/2021 se recibió la causa a prueba, habiéndose producido aquellas que surgen de la certificación de fecha 9/11/2022 y demás constancias de autos.

En fecha 28/02/2023 se decretó la clausura del período probatorio, presentando las partes sus respectivos alegatos.-

Luego de cumplida la medida para mejor proveer (remisión de autos al Fiscal), en fecha 28/06/2023 se dictó la providencia de autos para sentencia, la que se encuentra firme.-

Por ello y en función de lo dispuesto por los arts. 200 de la Constitución de la Provincia de Río Negro y 3 del Código Civil y Comercial de la Nación, corresponde emitir un pronunciamiento definitivo.-

CONSIDERANDO: I.- Conforme surge del propio reconocimiento del Sr. Buzzeiro (ver además constancias de la causa penal caratulada "Sanz Dario esteban C/ Buzzeiro Lucas Hernán S/ Lesiones culposas graves") y de los dichos de la testigo Flak (testigo presencial), puede tenerse por acreditado que en el lugar y fecha indicada por los actores en su demanda, el menor I.S sufrió quemaduras en parte de su cuerpo producto de la caída de agua caliente desde una olla, en oportunidad en la que se encontraba realizando una actividad organizada por el Club Andino (Esculea de Montaña).-

Acreditado el hecho y en tanto se trata de una cuestión controvertida, corresponde establecer previamente si existió una relación de consumo.-

Mas allá de los argumentos brindados por los demandados, entiendo que no existe impedimento para considerar que entre las partes existió una relación de consumo.-

En primer lugar, porque la propia ley 24.240 y sus modificatorias no excluye a las asociaciones civiles sin fines de lucro del ámbito de su aplicación, tal como ocurre expresamente con las profesiones liberales (art. 2 de la ley citada).-

Asimismo, entiendo que la ausencia de fin de lucro de la demandada resulta irrelevante frente al usuario o consumidor, así como tampoco resulte dirimente si el bien o servicio es adquirido en forma gratuita u onerosa por aquel (art. 1 de la ley citada).-

Si la demandada (un Club que opera como asociación sin fines de lucro) organizó una actividad y el menor I.S participó de la misma, entiendo que ha existido una relación de consumo con independencia de la gratuidad u onerosidad de la actividad o la existencia o ausencia de finalidad de lucro de la asociación.-

Del mismo modo, entiendo que todos los actores (los padres y el menor) se encuentran alcanzados por la relación de consumo en tanto que el art. 1 de la Ley 24.240 y sus modificatorias, asigna el rol de consumidor o usuario a quien utiliza los servicios que brinda el proveedor, sea en beneficio propio o de su grupo familiar.-

De tal manera, si los padres pagaban la cuota social al menor para asistir a las actividades que realiza y organiza la demandada (Escuela de Montaña, ver declaración de la testigo Flak), es evidente que califican como "consumidores" o "usuarios" en tanto que la contratación de esos servicios o actividades es utilizada en beneficio del "grupo familiar" de los contratantes (en el caso, el niño I.S).-

Teniendo en cuenta que la cuestión no es materia disponible para los particulares por tratarse de una cuestión de orden público (conf. art. 65 Ley 24.240 y art. 962 CCyC), corresponde resolver el presente conflicto a la luz de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240 y sus modificaciones) la que se integra con la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 25.156) y la Ley de Lealtad Comercial (Ley 22.802) y con las normas del Código Civil y Comercial (Título III - Contratos de Consumo - arts. 1092 al 1122), como así también las normas que regulan la responsabilidad en el ámbito civil.-

II.- El art. 40 de la Ley 24.240 y sus modificatorias, asigna una responsabilidad ampliada si el daño resulta del riesgo o vicio de la cosa o de la prestación del servicio.-

En el caso de autos, quedó acreditado con los dichos de la testigo presencial Flak (ver registro audiovisual) que la posición en la que se encontraba la olla de agua caliente quedaba "inestable" en el calentador.-

Mas allá de esa eventual posición irregular de la olla con agua caliente, lo cierto es que por su misma naturaleza y características tiene la potencialidad de ser riesgosa, aunque por tratarse de una cosa inerte debe analizarse la conducta de quien toma contacto con la misma.-

En este sentido, la propia testigo Flak indicó que la actividad (preparación de la comida mediante la utilización de un calentador y una olla con agua caliente) les fue encomendada a un grupo de niños (entre los que se encontraba I. S) por la propia Flak y por el tercero Bruzzeiro, quienes actuaron como dependientes de la demandada quien, a su vez, les proveyó dichos elementos (ver declaración de la testigo Flak).-

Mas allá de la responsabilidad que surge de la Ley de Defensa del Consumidor, también resultan aplicables en forma simultánea y complementaria las normas del Código Civil y Comercial de la Nación.-

En este sentido, si bien no puede aplicarse la pauta del art. 1767 del Código Civil (en

tanto que la entidad demandada no es estrictamente un establecimiento educativo), lo cierto es que el Club Andino era el dueño o guardián de la cosa riesgosa (olla y calentador), o se sirvió de ellas para desarrollar su actividad y fueron sus propios dependientes los que permitieron su manipulación por parte del niño I.S (arts. 1753, 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial de la Nación).-

Tal como lo reconoció la propia testigo Falk, ni ella ni el tercero Buzzeiro se encontraban cerca de los menores al momento en que ocurrió el accidente, tanto es así que Falk declaró que no vio el momento exacto de la caída de la olla sobre el niño S. I, aunque escuchó sus gritos (ver registro audiovisual)

Siendo así las cosas, entiendo que ha existido una omisión (mas bien una desatención) del deber de cuidado de los dependientes de la demandada respecto de la prestación del servicio o actividad (Art. 5 de la Ley 24.240 y sus modificatorias) en relación a los menores que se encontraban a su cargo (en el caso que aquí importa, de I. S), permitiéndoles manipular una cosa riesgosa sin la supervisión suficiente, agravado por el hecho de que habían observado previamente que la posición de la olla sobre el calentador era "inestable" (ver declaración de Flak).-

En suma, entiendo que la responsabilidad patrimonial de la demandada y del tercero Buzzeiro se encuentra comprometida, en tanto que permitieron manipular al niño I.S una cosa riesgosa sin la debida supervisión o control (art. 40 de la Ley 24.240 y sus modificatorias y Arts. 1753, 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial de la Nación).-

II.- A continuación, se analizará previamente el planteo de inconstitucionalidad formulado por los demandados en relación al art. 52 de la Ley 24.240 y sus modificatorias, cuya vista fue evacuada por el Sr. Agente Fiscal (ver puma).-

Mas allá de coincidir con los argumentos esgrimidos por la Agente Fiscal -a los que me remito y hago forma parte de la presente- debe recordarse que -según criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico (*Fallos 312:437, etc., etc.*) y que las razones de oportunidad, mérito o conveniencia, tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias no están sujetas al control judicial (*Fallos: 98:20; 147:403; 150:89; 160:247; 238:60; 247:121; 251:21; 275:218; 295:814; 301:341; 302:457; 303:1029; 308:2246; 321:1252, etc.*).

En igual sentido, el Superior Tribunal de Justicia Provincial ha señalado que debe existir una significativa afectación a los derechos constitucionales, de tal gravedad que

su declaración de inconstitucionalidad se presente como valla insalvable (*STJRN, 23/08/2001, Se. 109/01, "FISCALIA MUNICIPAL DE VILLA REGINA S/ INCONSTITUCIONALIDAD ORDENANZA N° 34/2000" -Expte. N° 15230/00- entre otros*).

En el caso concreto, la objeción constitucional no resulta aceptable y la validez de la norma (art. 52 bis LDC) puede sostenerse de una interpretación finalista, sistemática y dinámica del texto constitucional. (*cf. in extenso Pettis, C. y Rebaudi Basavilbaso, M., "Algunos aspectos del daño punitivo", LaLeyOnline, cit. por Ghersi, C. y Weingarten, C., "Tratado jurisprudencial y doctrinario - Defensa del consumidor", T° I, p. 642; etc.*).

Tal como lo sostuvo la Cámara Local en autos "*GALVAN GATTONI, ALEJANDRO C/ PETROLEO y SERVICIOS S.A. y OTRA S/ SUMARISIMO (LEY 24.240)*"; *SD del 17/05/2021, "...En rigor técnico ninguna de las plurales críticas ensayadas localmente contra el daño punitivo (incompatibilidad de las multas civiles con nuestro sistema de responsabilidad civil, inexistencia de penas privadas dentro del ordenamiento civil argentino, violación de garantías constitucionales que implica la admisión de la figura, el principio de tipicidad legal, el principio non bis in idem, presunción de inocencia y prohibición de autoincriminarse, carácter ilimitado del monto de la condena, violación del derecho de propiedad, grave afectación de la economía de una comunidad que su aplicación puede producir, inutilidad de los daños punitivos para cumplir la finalidad preventiva del derecho de daños y las grandes dificultades prácticas que conlleva su aplicación entre otras), varias de las cuales apuntocan aquí el pedido de TRAFIGURA, es mínimo minimorum suficiente para mellar el exitoso test constitucional de la magistral figura traspolada del derecho anglosajón donde tantos y tan importantes beneficios ha traído a los consumidores (ver el minucioso trabajo de Chamatropulos, D., "Los daños punitivos en Argentina", págs. 143 a 188; etc.)*.

Ya en las Jornadas de Derecho Civil de 1999 se concluyó por unanimidad que: Las penas privadas no están alcanzadas por las garantías constitucionales propias del derecho penal sino que es preciso, en cambio, que ellas no sean excesivas y que se respeten el debido proceso y el derecho de defensa (conclusión de legge ferenda N° 2). Es decir tendrán que observarse recaudos similares a los que deben resguardarse en los juicios civiles.

El gran error de quienes persisten en abreviar en la inconstitucionalidad es -reitero una vez más- concebir a toda sanción como penal, tal como si no pudieran existir fuera del

ámbito criminal. No advierten que todas las ramas del derecho necesitan acudir, en mayor o menor idea, a sanciones para poder regular adecuadamente el sector de la realidad sobre el que operan. Como no toda sanción es penal aquellas que no revisten tal carácter, como los daños punitivos, no deben respetar los postulados del proceso criminal, bastando con que queden debidamente a salvo las garantías constitucionales propias de todo tipo de actuación judicial. La tendencia que busca "penalizar" todo lo relativo a los daños punitivos va en contramano de las corrientes que se observan hoy día en el derecho criminal.

Hace mucho que la propia Corte Federal otorgó validez a las penas privadas (in re "MENDOZA" Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", 8-7-2008, Causa M. 1569. XL) al ordenar la limpieza de la cuenca del Riachuelo, dejando en claro que los montos impuestos (se trató de una multa diaria) deben ostentar la entidad necesaria como para disuadir la materialización de las conductas que se busca evitar..."-.

Por todos los argumentos señalados, entiendo que corresponde desestimar el planteo de inconstitucionalidad del art. 52 de la Ley 24.240 y sus modificatorias, sin perjuicio de lo que se resuelva respecto de su aplicación al caso concreto bajo análisis.-

III.- Dicho esto, corresponde expedirme respecto de la procedencia de los rubros indemnizatorios reclamados.-

El art. 1737 del Código Civil y Comercial de la Nación, establece que hay daño cuando se lesiona un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico (antijuridicidad), que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.-

Por su parte, el art. 1738 del mismo cuerpo legal indica que la indemnización por daño comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima (daño emergente), el lucro cesante en el beneficio económico esperado y la pérdida de chance.-

El art. 1740 del mismo código otorga a la víctima del daño la opción de solicitar los medios para restituir la situación a su estado anterior, sea por el pago de una suma de dinero o en especie.-

De los arts. 1738, 1741 y cctes. del nuevo código, se reedita el esquema vigente con anterioridad en sentido que el hecho dañoso puede generar consecuencias patrimoniales (daño emergente, lucro cesante y pérdida de chance) y no patrimoniales (daño moral).-

1) GASTOS DE FARMACIA, ASISTENCIA MEDICA, ATUENDOS Y TASLADO:
Se reclama la suma de \$720.000.-

El art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que, en caso de lesiones o incapacidad física se presumen (presunción legal) los gastos médicos, farmacéuticos y de transporte que resulten razonables en función de la índole de la lesión.-

Si bien la pericia médica mereció una impugnación por parte de los demandados que fue contestada por la experta (ver puma), lo cierto es que no se han aportado elementos de prueba con la entidad suficiente para justificar un apartamiento de la opinión de la experta y que demuestren que sus conclusiones se encuentren en pugna con los principios científicos que rigen la materia.-

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia sostiene que *"...Aún cuando las conclusiones de los dictámenes no obligan a los Jueces, que son soberanos en la ponderación de la prueba, para prescindir de ella se requiere cuanto menos que se opongán otros elementos no menos convincentes..."* (CSJN, 1/09/1987, ED, 130-335)

También la Jurisprudencia entiende que *"...Si el dictamen pericial es formalmente inobjetable y sustancialmente apoyado en ciencia y lógica, frente a la ausencia de toda prueba por lo menos de igual rango, no es dado al tribunal apartarse de sus conclusiones. Por lo tanto, las simples discrepancias manifestadas por el impugnante del informe, como la mención de algunas pruebas o exámenes que hubieran podido efectuarse y la mera afirmación de que otra pericia pudiera arrojar otro resultado, no autorizan a los jueces a apartarse de las opiniones del experto..."* (CNacCiv, Sala D, 6/3/87, ED, 126-241).-

Es así que *"...para desvirtuar lo dictaminado por el perito en relación a un saber técnico que el juez no posee, es imprescindible presentar elementos de juicio que le permitan concluir sobre el error o el inadecuado uso que el experto hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que, por su profesión, o título habilitante, necesariamente ha de suponerse dotado..."*(CNacFedCC, Sala II, 14-06-2011; L.L Online, Ar/jur/45412/2011).-

Es por ello que, ante la falta de elementos de juicio suficientes tendientes a relativizar la solvencia del dictamen cuestionado, corresponde desestimar los fundamentos de la impugnación.-

En su dictamen, la perito médica describió los tratamientos y curaciones que recibió I.S, detallando las lesiones sufridas (quemaduras térmicas de grado A y AB) y las zonas del cuerpo afectadas.-

También afirmó la perito (conforme lo que surge de la historia clínica) que el niño fue

sometido a 8 cirugías con anestesia general, que las lesiones son graves y que requieren tratamiento futuro.-

El rubro reclamado corresponde al otrora llamado daño emergente (actual art. 1738 del Código Civil y Comercial), es decir, las erogaciones efectuadas para el tratamiento de las lesiones.-

En este sentido, entiendo que esta partida indemnizatoria no requiere la prueba cabal de su desembolso, en tanto que cuando las lesiones tienen cierta gravedad -como en en caso de autos- el desembolso puede presumirse y debe reconocerse aún cuando quien lo reclame cuente con cobertura médica (privada como en caso de autos -OSDE-), en tanto que ninguna entidad vinculada a la salud brinda cobertura integral del 100% de los costos de tratamientos, curaciones y medicamentos.-

La cantidad de prácticas médicas, consultas, internaciones y tratamientos a los que fue sometido I.S, fueron detalladas en el informe brindado por OSDE (ver puma) y por la perito médica, lo que me exime de mayores comentarios.-

Por ello, teniendo en cuenta esos elementos y la gravedad y condición incapacitante de las lesiones, entiendo que el monto reclamado aparece como razonable, por lo que corresponde receptorlo por la suma de \$720.000.-

2) INCAPACIDAD SOBREVINIENTE: Se reclama la suma de \$750.000.-

Esta partida indemnizatoria se encuentra prevista en el Art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación.-

La cuestión referida al monto de la indemnización por incapacidad física sobreviniente y definitiva de los menores de edad ha sido tratada por el STJ en autos "Torres" SD del 20/12/2016 y Muñoz" SD del 04/05/2020, entre otros.-

Allí, se estableció que cuando la incapacidad permanente es padecida por un menor (como en el caso de autos, conforme lo dictaminado por la perito médica en su informe) se debe aplicar la fórmula obligatoria para calcular la indemnización del daño futuro comprendido entre los 18 y los 75 años de edad (tomando siempre como variable el salario mínimo, vital y móvil vigente al momento del hecho, que en el caso de autos ascendía a \$11.300), mas una indemnización estimativa por el daño sufrido entre el hecho causal y los 18 años de edad.-

En este orden de ideas, la perito médica estimo un porcentaje de incapacidad permanente y definitiva del 11,44%.-

Por su parte, la perito psicóloga estimó la incapacidad del niño en el orden del 20%.-

Respecto de la impugnación al dictamen de la perito psicóloga, por los mismos

fundamentos esgrimidos anteriormente para desestimar la impugnación a la pericia médica, corresponde rechazarla ya que no se han incorporado elementos técnicos, científicos o académicos con la entidad suficiente como para desvirtuar el dictamen de la experta y que demuestren fehacientemente que sus conclusiones no guardan relación con los lineamientos o criterios que rigen la materia, en función de los términos de la contestación que efectuó la perito a la impugnación en cuestión.-

Siendo ello así, el porcentaje de incapacidad establecido por las expertas arroja un total del 31,44%.-

Por ello, conforme doctrina legal obligatoria fijada por el STJ en causas "Perez Barrientos", "Chazarreta", "Huinca", "Hernandez", "Torres", "Scuadroni", Etc, conforme la fórmula matemática allí establecida y las variables ya citadas, corresponde receptor el rubro en estudio por la suma de \$2.473.213,55 por la incapacidad entre los 18 y los 75 años.-

Por la incapacidad comprendida entre la fecha del hecho y los 18 años del niño I.S, estimo prudente fijarla en la suma de \$300.000, monto que estimo razonable en función de la suma indemnizatoria acordada precedentemente.-

En consecuencia, el monto total por el rubro incapacidad asciende a la suma de \$2.773.213,55.-

3) DAÑO PSICOLÓGICO DEL NIÑO I.S: Se reclama la suma de \$2.000.000.-

Teniendo en cuenta que en la indemnización por incapacidad ya fue resarcida la incapacidad psicológica, entiendo que solo corresponde adicionar una suma que permita hacer frente al tratamiento psicológico recomendado por la perito (terapia cognitivo-conductual durante 1 año, a razón de 2 sesiones semanales -96 sesiones en total-), por lo que estimo procedente receptor el rubro en estudio por la suma de \$215.040 (96 sesiones a razón de \$2.240 por sesión, conforme lo dictaminado por la experta).-

Esta conclusión (continuación del tratamiento), se refuerza con la declaración testimonial de la Licencia Papendieck (ver registro audiovisual).-

4) GASTOS POR TRATAMIENTOS PSICOLÓGICOS: Se reclama la suma de \$340.000.-

Teniendo en cuenta que en el rubro anterior se indemnizó el daño comprendido en la partida aquí analizada, entiendo que debe estarse a la suma allí fijada. Ello, a fin de evitar la superposición de rubros indemnizatorios.-

5) DAÑO MORAL DEL NIÑO I.S: Se reclama la suma de \$3.000.000.-

El art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación sólo regula la legitimación para

reclamar el daño no patrimonial, pero no menciona los aspectos conceptuales del "daño moral".-

No obstante ello, se ha caracterizado al daño moral como aquella lesión a un derecho de la personalidad, a un bien no patrimonial, a un interés jurídico y, también, el que acarrea consecuencias en el ámbito extrapatrimonial.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha destacado que para la valoración del daño moral debe tenerse en cuenta el estado de incertidumbre y preocupación que produjo el hecho, la lesión en los sentimientos afectivos (*CSJN, 19-10-95; "Badín C/ Provincia" LL.1996-C-585*), la entidad del sufrimiento, su carácter resarcitorio y la índole del hecho generador de la responsabilidad (*CSJN, Fallos: 321:1117, 323:3614, 308:1109*).-

El nuevo Código Civil y Comercial, atiende a las "satisfacciones sustitutivas y compensatorias" a la hora de fijar la indemnización.-

En definitiva, se trata de afectar o destinar el dinero a la compra de bienes o la realización de actividades recreativas, artísticas, sociales, de esparcimiento, etc., que le confieran al damnificado consuelo, deleites, contentamientos para compensar e indemnizar el padecimiento, inquietud, dolor, sufrimiento, o sea para restaurar las repercusiones que minoran la esfera no patrimonial de la persona -comprar electrodomésticos, viajar, pasear, distraerse, escuchar música, etc- (*Lorenzetti, "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado", Tomo VIII, Pág. 504*).-

Teniendo en cuenta que el accidente le provocó al niño I.S una afectación en su salud e integridad física, que debió ser sometido a varias intervenciones en quirófano con internación durante varios días y que padece una incapacidad parcial pero permanente (quemaduras graves, ver pericia e historia clínica), estimo procedente receptor el rubro en estudio por la suma reclamada de \$3.000.000.-

Dejo constancia que a los fines de fundar la procedencia del daño moral (conforme doctrina legal del STJ fijada en autos "Urta" SD del 20/09/2018) he tenido en cuenta las características de las lesiones, la zona del cuerpo afectada, la edad del menor al momento del hecho, la necesidad de recurrir a terapia psicológica y la afectación en el ánimo de I.S (ver pericia psicológica y declaración de la Licenciada Papendieck).-

6) DAÑO ESTÉTICO: Se reclama la suma de \$1.000.000.-

Respecto a este rubro, entiendo que el daño estético no es autónomo y distinto a las únicas dos categorías de daños indemnizables (patrimonial y moral), pudiendo tener -a lo sumo- proyección en uno u otro, o en ambos (*CamNacCom, Sala B, 21/11/2006*,

"Dalforno").-

En este sentido, la perito médica ha tomado en consideración las cicatrices que presenta el niño a los fines del cálculo de la incapacidad.-

Excepcionalmente se admite la procedencia del rubro cuando se acredita que lo "estético" juega un papel primordial en el desarrollo laboral de quien lo reclama.-

No siendo ese el caso del niño I.S, no corresponde una indemnización autónoma, en tanto que ya se han merituado los efectos de las lesiones corporales (quemaduras) al analizar los rubros "incapacidad física" y "daño moral".-

7) TRATAMIENTO FUTURO: Se reclama la suma de \$650.000.-

Si bien el art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación no habla expresamente de los gastos por tratamiento "a futuro", entiendo que los mismos deben ser reconocidos en caso que las lesiones sean graves y ameriten algún tipo de intervención que deba ser sostenida en el tiempo, tal como ocurre en el caso de autos, en tanto que la perito médica sugirió algunas terapias o prácticas que podrían "disminuir la picazón y la sequedad", así como también la práctica de masajes que pueden "suavizar la cicatriz y desensibilizarla".-

Además, de la misma pericia surge que la especialista en dermatología (Dra. Sara Perez) indicó tratamiento con el uso de laser de Co2.-

En suma, las características incapacitantes de las lesiones (cicatrices en la piel), permiten tener por acreditado que será necesario tratamiento futuro, en función de su carácter permanente.-

Por ello, corresponde receptar el rubro en estudio por la suma reclamada de \$650.000, que aparece como razonable en función de las lesiones sufridas por I.S y los costos actuales de cualquier tratamiento médico (art. 386 del CPCC).-

8) DAÑO PUNITIVO: Se reclama la suma de \$550.000.-

Para la aplicación de la multa civil prevista en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor no basta un simple daño, sino que debe tratarse de un perjuicio que por su gravedad y trascendencia social exija una sanción ejemplificadora, a fin de evitar una reiteración de la conducta dañosa.-

Resulta coincidente la doctrina al señalar que no cualquier incumplimiento debería motivar la multa civil del art. 52 bis L.D.C., sino que se habla de "graves inconductas" (Cfr. Pizarro, Ramón D. "Daños Punitivos" en el Derecho de Daños, Homenaje al Profesor Doctor Felix A. Trigo Represas, Segunda parte, Buenos Aires, la Rocca 1993, pág. 303).-

Asimismo, se ha señalado que los "daños punitivos" son "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (*Pizarro, Ramón D., "Daños Punitivos, en Derecho de Daños", Segunda Parte, la Roca, Buenos Aires, 1993, pág. 291/292*).

La Cámara de Apelaciones del fuero tiene dicho que el "daño punitivo" solo puede aplicarse ante incumplimientos graves, y que, dado su carácter excepcional y correctivo, es preciso que los proveedores hayan obrado con dolo o culpa grave (*"Díaz c/ Banco Patagonia, 24/04/2018", SI 173/18; "Flores c/ Volkswagen", 26/10/2017, SD 067/17; y "Bruno c/ HSBC", 26/10/2017, SD 068/17 y "Sanchez, Yanina Andrea y Otro C/ BBVA Banco Frances S.A. y Otros S/ Daños y Perjuicios", R.C. 02510-18, del 28/8/18*).

El STJ de Río Negro tiene dicho al respecto que *"...la fijación del monto de la multa por daños punitivos constituye una tarea delicada, siendo premisas a tener en cuenta: que no se trata de un resarcimiento; que es una sanción; que la gravedad de la falta tiene directa incidencia en su cuantificación y, por último, que debe cumplir una función preventiva, disuadiendo al infractor de reincidir en conductas análogas..."* (*"Guiretti, Denise Mariana C/ Guspamar S.A. y Otros S /Sumarísimo S/ Casacion (Expte. N° 24949/16) S.D. N° 17 del 04/05/2020*).

Teniendo en cuenta que el dependiente de la demandada (el tercero citado Buzzeiro) -mas allá de lo resuelto en sede penal- actuó con algún tipo de descuido o inobservancia del deber de cuidado que requerían las personas que habían sido puestas a su cargo (por ser todos menores de edad), siendo que -además- la demandada continúa desarrollando esas actividades o eventos recreativos/deportivos (es decir, no se trata de una actividad aislada sino que forma parte de las actividades propias que lleva adelante el Club Andino), entiendo que resulta procedente receptor esta excepcional multa, a fin de evitar en el futuro la reiteración de las conductas ya descriptas por parte de sus dependientes, que sin llegar a ser dolosas tienen un alto grado de descuido o desatención (ver declaración de la testigo presencial Flak), que fue lo que en definitiva generó el hecho (manipulación y posterior volcado de una olla con agua caliente sobre el cuerpo del niño I.S) y que provocó los daños sufridos por este (nexo causal).

Por ello, corresponde aplicar una multa a los demandados y a favor de los actores, la que se fija en la suma de \$550.000, monto que aparece como razonable (art. 386 del CPCC y 52 de la Ley 24.240 y sus modificatorias, conforme jurisprudencia ya citada).

IV.- Por ello, la demanda prospera parcialmente por la suma de \$7.608.253,55 en concepto de capital (correspondiéndole a los padres, en forma conjunta idénticas proporciones, la suma de \$1.951.706,66, -por los rubros 1, 3, 7 y 2/3 del rubro 8-; y la suma de \$5.656.546,98 al menor -correspondiente a los rubros 2, 5 y 1/3 del 8), con mas los intereses que deberán calcularse conforme secuencia de tasas de interés anual fijadas por el STJ en causas "Guichaqueo", "Fleitas" Etc, desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago.- Se deja constancia que las tasa aplicadas son las correctas, en tanto que en ningún momento los accionantes reclamaron una deuda de valor, ya que cuantificaron voluntaria y expresamente el monto de su reclamo desde el inicio de la demanda (Art. 772 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación), siendo que además se han tomado los valores históricos reclamados, sin actualización.- A mayor abundamiento, entiendo que continuar aplicando tasas anuales del 8% en un contexto inflacionario grave y persistente como el actual (aún cuando se realice una actualización del capital expresamente reclamado, lindante con la indexación -prohibida por ley), atenta contra el principio de "reparación integral" (además de constituir un agravio para la víctima), en tanto que dicho porcentaje (8% anual) equivale al índice de inflación mensual de, prácticamente, todo este año 2023, con una inflación anualizada de mas del 100%.- Dicha tasa de interés anual (8%), no existe ni se aplica en el país para ningún tipo de operación financiera, económica, salarial, presupuestaria, etc, lo que también rompe con el principio establecido en el Art. 771 del Código Civil y Comercial de la Nación, en sentido que los intereses que se fijen judicialmente deben ser proporcionales al "costo medio del dinero". Dicha tasa (8% anual) es la que se fija en la circunscripción para deudas en dólares, lo que pone de manifiesto su inaplicabilidad para deudas o indemnizaciones acordadas en pesos.-

V.- Por todo lo expuesto, normativa, doctrina y jurisprudencia citada, FALLO: 1) Receptar parcialmente la demanda, condenando a Club Andino Bariloche y Lucas Buzzeiro (este último en los términos del Art. 96 del CPCC) en forma solidaria (concurrente), a que dentro del plazo de 10 días abonen a los actores la suma de \$7.908.253,55 en concepto de capital (correspondiéndole a los padres, en forma conjunta e idénticas proporciones, la suma de \$1.951.706,66, conforme a los rubros 1, 3, 7 y 2/3 del rubro 8; y la suma de \$5.956.546,98 al menor -por depósito en una cuenta que deberá abrirse a nombre de autos-, correspondiente a los rubros 2, 5 y 1/3 del 8), con mas los intereses que deberán calcularse conforme secuencia de tasas de interés anual fijadas por el STJ en causas "Guichaqueo", "Fleitas" Etc, desde la fecha del hecho

y hasta su efectivo pago.- Se deja constancia que las tasas aplicadas son las correctas, conforme lo indicado en el punto IV in fine de la presente.- 2) Imponer las costas a la demandada y tercero citado (arts. 68 y cctes. del CPCC). 3) Hacer extensiva esta sentencia a Federación Patronal Seguros SA en los términos y con los alcances de los arts. 118 y cctes. de la Ley de Seguros 17.418.- 4) Regular los honorarios de los Dres. Joaquín y Rodolfo Rodrigo, patrocinantes de los actores, en conjunto e idénticas proporciones, en la suma de \$4.683.842,48; los de los Dres. Gonzalo Pérez Cavanagh y Ernesto Vicens, apoderados de la demandada Club Andino (por 1 etapa del proceso ordinario), en conjunto e idénticas proporciones, en la suma de \$1.602.914,98; y los de los Dres. Gladys Mehdi y Julián Pacheco, apoderada y patrocinante de la demandada, tercero y citado y citada en garantía, en conjunto e idénticas proporciones (por 2 etapas del proceso ordinario), en la suma de \$3.205.829,96.- Se deja constancia que la base regulatoria asciende a la suma de \$31.225.616,68, que surge de adicionar al capital de condena los intereses ya mencionados hasta la fecha de la presente, regulándose el 15% para los letrados de la parte actora; el 11% mas el 40% por la labor procuratoria -por una etapa del proceso ordinario- para los Dres. Pérez Cavanagh y Vicens y el 11% mas el 40% por la labor procuratoria por 2 etapas del proceso ordinario -en tanto que no presentaron alegatos- para los Dres. Mehdi y Pacheco (arts. 6,7,8,10 y 39 de la LA).- 5) Regular los honorarios de la perito médica Dra. Estrella Mayo en la suma de \$1.561.280,82, equivalente al 5% de la base regulatoria; y los del Licenciado Ariel Torres, en la suma de \$1.561.280,82, equivalente al 5% de la base regulatoria (Art. 18 de la Ley de Peritos 5069).-

6) Los honorarios deberán ser satisfechos dentro del plazo de 10 días de notificada la presente. 7) Protocolícese y notifíquese la presente a las partes, Defensora de Menores, letrados y peritos en los términos de la Acordada 36/22, anexo I Pto. 9 "a" del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, y a Caja Forense mediante cédula a cargo que quien resulte interesado.-

Mariano A. Castro

Juez