



REGISTRADA BAJO EL N° 85

(S) F°468/487

Expte.N°151.797

Juzgado Civil y Comercial N°6.-

En la ciudad de Mar del Plata, a los .9.. días del mes de mayo de 2013, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **“GUERRA, GRISELDA DEBORA c/ CLUB ATLÉTICO ONCE UNIDOS Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS” - EXPTE.N°151.797** habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Rubén D. Gérez y Nélida I. Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1º) ¿Es justa la sentencia obrante a fs. 1213/1223?

2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. RUBEN

D. GEREZ DIJO:

I. Antecedentes:

A fs. 105/118 se presenta la Dra. Adriana Castelanelli, en su carácter de apoderada de la Sra. Griselda Debora Guerra, quien se presenta en autos por sí y en representación de su hijo menor Leonel Guerra, promoviendo demanda de daños y perjuicios contra el **Club Atlético Once Unidos, Club Atlético Quilmes y Andrés Daniel Zaballa**, por la suma de \$ 100.000 o lo que en mas o en menos fije el sentenciante, con más sus intereses y costas.

Relató que el hijo de su mandante formaba parte de uno de los equipos de fútbol del Club Atlético Quilmes, siendo convocado para participar de un torneo interclubes organizado por el Club Atlético Once Unidos el día 20 de abril de 2002 desde las 14.00hs.



Dijo que al momento de encontrarse el menor en una tarima de material que tiene amurada una baranda de caño color verde la Sra. Guerra escuchó un grito de ayuda, visualizando la Sra. Guerra al profesor Zaballa que tenía en sus brazos a Leonel. Al acercarse constató que su hijo tenía segmentado una parte del dedo meñique de la mano derecha, el que colgaba merced a un trozo de piel y emanando profusamente sangre.

Refiere que el menor fue llevado al Hospital Interzonal Materno Infantil, siendo derivado a la guardia de traumatología. Indica que el tratamiento continuó en la Clínica del Niño y de la Madre, donde se le practicaron dos intervenciones quirúrgicas intentando salvar el dedo, lo que no fue posible, perdiendo Leonel dos falanges del dedo meñique de la mano derecha; para luego efectuar una tercera intervención para extraer un clavo.

Afirmó que el accidente fue causado merced a la utilización de un rudimentario sistema de bisagras en una puerta-baranda o portón que no correspondía a las más mínimas normas de seguridad o elemento protector que evite siquiera colocar los dedos, ni carteles de señalización que indiquen su peligrosidad.

Se explayó sobre la responsabilidad de cada demandado, citó jurisprudencia en ayuda de sus posturas, y reclamó \$ 4.000 en concepto de gastos de asistencia médica y farmacia, \$56.000 por incapacidad sobreviviente, \$ 30.000 por daño moral, \$5.000 por daño estético y \$5.000 por pérdida de chance.

A fs.240 se presenta el Dr. Rubén Fucile, en su carácter de apoderado del Club Atlético Once Unidos, contestando la demanda instaurada y solicitando su rechazo con costas. En lo principal, niega que las lesiones del menor hubieran sido provocadas al serle aprisionada la mano por la bisagra de la puerta-baranda; destacando que la actora basa su relato en los dichos del profesor Zaballa, quien aparece como más comprometido en su responsabilidad por tener la custodia de los menores.



Seguidamente describe el lugar del suceso, niega la responsabilidad de su mandante, considera excesivos los montos reclamados y ofrece prueba.

A fs.266 se presentan el Dr. Fernando Román González, en su carácter de apoderado del Club Atlético Quilmes, contestando la demanda, solicitando su rechazo con costas.

Partiendo del análisis de la responsabilidad del patrono, considera que no ha existido ningún hecho antijurídico de su dependiente. El daño, dice, fue el resultado de un hecho externo insuperable para el entrenador. Afirma que pedirle al Sr. Zaballa que prevea las circunstancias que rodearon el evento dañoso es exigirle que tenga conocimiento que debería tener una persona con oficio de herrería o cerrajero, utilizando sus conocimientos especiales. Sin dudas, indican, fue un caso fortuito.

Refiere que tampoco la madre, presente en el lugar, advirtió lo que podría acontecer. Así las cosas, la función que le fuera encomendada al entrenador fue cumplida y con despliegue diligente, sin haberse producido la lesión en ocasión del deporte o por la práctica del deporte.

Asimismo, el supuesto previsto en el art. 1113 segundo párrafo del Cód.Civ. no le resulta aplicable a su mandante desde que no es dueño o guardián del gimnasio.

Por otro lado, considera que al C.A.Q. no le resulta aplicable el art. 1117 del Cód.Civ. por no constituir un establecimiento educativo sino una asociación civil cuyos fines los detalla el estatuto social.

Seguidamente, analiza los rubros reclamados, cita en garantía a Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. y ofrece prueba.

A fs.358 se presenta la Dra. Adriana Esther Pigliacampo, en representación del Sr. Andrés Daniel Zaballa, contestando la demanda instaurada en su contra, solicitando el rechazo de la misma con costas.

Por razones de economía procesal se adhiere a la contestación de la demanda que efectuara el Club Atlético Quilmes, por corresponder a lo



realmente acontecido. Ofrece prueba y solicita el beneficio de litigar sin gastos.

A fs. 391 se presenta el Dr. Rodrigo Agustín Etchegaray, en su carácter de apoderado de Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda., contestando la demanda promovida y solicitando la liberación de su representada, con costas.

Entiende que su mandante carece de legitimación pasiva para ser citada en garantía habida cuenta de la inexistencia de cobertura por responsabilidad civil.

Destaca que es un caso típico de no aseguramiento desde que el accidente no ocurrió durante el partido de fútbol en el cual había participado el menor, sino una vez finalizado el mismo, en oportunidad de encontrarse sobre una tarima de material desde la cual observaban otro partido. Agrega que la extensión del riesgo asegurado y los beneficios otorgados al tomador del seguro deben ser interpretados literalmente, pues de otro modo se provocaría un grave desequilibrio en el conjunto de operaciones que efectúa la aseguradora.

Asimismo, esgrime la prescripción de la acción habida cuenta del tiempo transcurrido desde el accidente y a tenor de lo prescripto por el art. 58 de la ley 17.418.

Finalmente se expone sobre los daños reclamados y ofrece prueba.

A fs.403 se presentan la Dra. María Soledad Peralta y el Dr. Rubén Fucile acordando el desistimiento de la citación en garantía de Federación Patronal Seguros S.A.

A fs.440 se abra la causa a prueba por el término de treinta (30) días, proveyéndoselas a fs. 449/51.

A fs. 503 absuelve posiciones Andrés Daniel Zaballa; a fs. 662 se tiene por absueltas las posiciones conforme lo dispone el art. 415 del CPC al Club Atlético Quilmes, a tenor del pliego obrante a fs.660.



A fs.672 obra la pericia del médico traumatólogo legista y a fs.1111 obra la pericia psicológica.

A fs. 1199 se encuentra el certificado de producción de prueba.

A fs. 1208 se tiene por absueltas las posiciones conforme lo dispone el art. 415 del CPC al Club Atlético Once Unidos, a tenor del pliego obrante a fs.1203.

A fs. 1209 se llama autos para sentencia.

A fs. 1211/2 emite su dictamen la Sra. Asesora de Incapaces considerando que la acción instaurada debe progresar.

II. La sentencia de primera instancia:

A fs. 1213/1223 dictó sentencia definitiva el Sr. Juez de Primera Instancia haciendo lugar parcialmente a la demanda de resarcimiento de daños y perjuicios deducida por **Griselda Débora Guerra**, por sí y en representación de su hijo menor de edad **Leonel Guerra**, contra el **Club Atlético Once Unidos** y el **Club Atlético Quilmes**, condenando a éstos al pago de la suma de pesos \$ 34.000, con más los intereses desde la fecha del hecho a la tasa que fija el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósitos a plazo fijo a treinta días vigente en cada período de aplicación., extendiendo la condena a la aseguradora **Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda.**, dentro de los límites del seguro y por los rubros que están cubiertos en el contrato, con costas del procesos a los vencidos. Por otro lado, rechazó la demanda deducida contra **Andrés Daniel Zaballa**, con imposición de costas a la actora. Finalmente, difirió la regulación de honorarios profesionales.

Para acoger la acción contra el Club Atlético Once Unidos, entendió el a-quo que si bien la puerta baranda en sí no parece una cosa que presente riesgo, en el lugar donde estaba, debió el dueño asegurar su inmovilización. Poco importa, dijo, que haya sido abierta o no por un tercero, la sola posibilidad de que ello suceda la lleva a constituirse en cosa que presenta



riesgo o vicio, y por la que el dueño responde en los términos del art. 1113 del Cód.Civ.

Agregó que si se entendiera que hay un acuerdo entre ambos clubes para llevar adelante una actividad con intervención de menores, ello significaría que la responsabilidad tiene base contractual, lo que no modifica el resultado, desde que el organización de un espectáculo o evento público - de cualquier índole – tiene una obligación de seguridad respecto de los asistentes, con fundamento en el art. 1198 del Cód.Civ.

En torno a la responsabilidad del Club Atlético Quilmes, comenzó indicando que con los padres tiene un contrato innominado por medio del cual presta un servicio consistente en la posibilidad de practicar un deporte en sus instalaciones o, como sucedió en autos, en la que pertenezcan a otro.

Consideró el sentenciante que la obligación de seguridad que conlleva su actividad se asimila a la de los establecimientos educacionales, cuya responsabilidad solo resulta excusable ante el caso fortuito y el factor de atribución se encuentra en el riesgo que la actividad conlleva. Así, se trata de un caso de responsabilidad objetiva y directa, donde la obligación de seguridad funciona como una obligación de resultado, siendo indiferente la actuación del dependiente.

Agregó que el principal puede responder por dos fuentes. La primera con base en la obligación de seguridad, directa, objetiva y de resultado; y la segunda es subjetiva e importa la culpa del dependiente por omisión de un deber de cuidado que complementa y se distingue de la primera.

Así las cosas, habiendo incumplido esa obligación de seguridad objetiva, directa y de resultado, corresponde responsabilizarlo del daño sufrido por el menor.

Con respecto a Andrés Daniel Zaballa, entendió que responde en los términos subjetivos de la culpa, debiéndose acreditar que el accidente se produce porque el demandado omitió un deber de cuidado del menor que estaba a su cargo.



Frente a ello, indicó que no había elementos que permitan sospechar en la instalación de la puerta-baranda cerrada un defecto que pudiera advertirse como peligroso. Zaballa, dijo, tenía que dar por descontado que la instalación estaba en correctas condiciones de uso. De tal forma, el accidente se produjo porque esa puerta-baranda que debía estar cerrada e inmovilizada, a estar a los dichos del titular (C.A.O.U.), por algún motivo no imputable al coaccionado, se abrió y lo provocó. Así las cosas, la demanda debía desestimarse contra el codemandado.

Resaltó que la presencia de la madre en el lugar resultaba irrelevante desde que la entrega del menor en oportunidad de iniciarse el viaje al Club Atlético Once Unidos importó un desprendimiento de la guarda y el inicio de la obligación de seguridad de aquél.

Finalmente, ingresó al análisis de la responsabilidad de la aseguradora Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. Desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva dado que el accidente lo sufre un menor en ocasión de encontrarse realizando la actividad deportiva para el club contratante, y en ello consistía la cobertura contratada.

Indicó que de la póliza acompañada surge que está cubierto el accidente ocurrido durante el traslado, concluyendo que resulta irracional interpretar que la cobertura se suspenda entre partido y partido, como parece ser el momento en que ocurre el accidente de autos. Por ello, la defensa de no seguro debía desestimarse.

Por otro lado, rechazó la prescripción alegada por la citada en tanto había transcurrido más de un año entre el accidente y la demanda. Para decidirlo así, consideró que la prescripción no puede correr si el beneficiario del seguro contratado por el club no tiene conocimiento de él, no habiendo prueba de ello.

Aún justificada esa circunstancia, la prescripción corre desde que el asegurador rechazó la denuncia de siniestro; y nada de ello ha sido siquiera esbozado.



Y todo lo anterior, agregó, al margen de que no se supera el lapso de tres años previsto como límite en el 4to párrafo del art. 58 de la ley 17.418.

Distinta suerte debían correr los límites del seguro. Resolvió el a-quo que la condena no podrá extenderse más allá de los rubros que cubre la póliza: muerte, incapacidad permanente y la asistencia médico farmacéutica.

Al tiempo de determinar el alcance del resarcimiento, considerando que correspondía admitir un monto a título de **gastos asistenciales** sin cobertura, en virtud de la pericia médica y en los términos del art. 165 del CPC, fijó el parcial en la suma reclamada de **\$ 4.000**.

Sobre la **incapacidad sobreviviente**, evaluando la merma de la capacidad de la persona en su aspecto laboral y general de su vida en relación, vista la pericia médica que estima en un 10% el porcentaje de incapacidades psicofísicas con el carácter de parcial y permanente, fijó la indemnización del parcial en **\$ 10.000**.

El **daño moral**, que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre, con apoyo en las pericias médica y psicológica, lo fijó en la suma de **\$ 15.000**.

Con relación al **daño estético**, expresó que el rubro tiene dos vertientes, la moral y la material. Resaltó que la pericia médica constató la cicatriz que se origina en la pérdida de parte del dedo meñique de la mano derecha y la piel para el colgajo que otorga el anular, y que son de baja visibilidad y baja influencia laboral, más allá de su repercusión estética. En razón de ello, señaló que pese a minimizarse la afectación económica o la posibilidad de una intervención quirúrgica, el rubro era procedente como incapacidad vinculada a su vida de relación o social, estableciéndolo en **\$ 5.000**.

En último lugar, respecto al pérdida de chance, señaló que no había en autos prueba de la frustración de probabilidad imputable a otro, y que más allá de la edad del menor – lo que dificulta la proyección-, el perito médico minimiza la influencia que pueda tener a la hora de visualizar su



proyección de vida, como a la de aprobar un examen preocupacional, por lo que correspondía desestimar el parcial.

III. Apelación de la parte actora:

A fs. 1228 interpone la actora recurso de apelación contra el referido pronunciamiento, el cual es concedido libremente a fs. 1229, expresando sus agravios a fs. 1287/96, y contestados por el codemandado Club Atlético Once Unidos a fs. 1325/73.

Tres son los agravios que el recurrente esgrime contra la sentencia atacada.

Considera que para la estimación de la incapacidad sobreviviente el a-quo no tuvo en consideración el informe médico y demás circunstancias que fueran puestas de manifiesto junto a las pruebas testimoniales y de informes; no pudiendo concluir que la indemnización se reduzca a la suma de \$ 10.000.

Indica que la decisión judicial debe decidir una reparación integral hacia el futuro. Y si bien cierta incertidumbre es inevitable, no por ello se impide tomar decisiones fundadas, razonadas y medianamente predecibles. Cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso y solicita la elevación de la suma del parcial tomando como base mínima el importe original peticionado de \$ 56.000.

En segundo lugar, refiere que el a-quo ha reconocido el daño moral pero solo teniendo en consideración la pericia media y la psicológica; no valorando correcta y acabadamente el real daño sufrido. Destaca pasajes de la pericia psicológica y resalta que el sentenciante omitió expedirse sobre la necesidad del tratamiento psicológico que indicó la perito.

Vistos los padecimientos y la afectación en los sentimientos que se han producido y se producen en el menor como consecuencia de las fracturas expuestas a las que se sumaron amputación de falanges, los dolores que ha debido soportar, los tratamientos a los que fue sometido, las



características personales del damnificado y su madre, llevan a considerar escaso el monto fijado, peticionando su modificación.

Finalmente, se agravia del rechazo del rubro pérdida de chance.

Entiende que el desconocimiento de cuales eran las actividades que desarrollaba la víctima, como la ausencia de su ingreso al mercado laboral productivo – por tratarse de un menor de 5 años en la época del accidente -, no pueden ser obstáculos para su reconocimiento. Refiere que lo que se trata de indemnizar es el achicamiento y marchitaje de las potencialidades, fuerzas y aptitudes del joven. Cita jurisprudencia local en su apoyo.

Afirma que el menor se encuentra transitando los últimos años de sus estudios secundarios, comenzando a abrirse las posibilidades ciertas de elección de carreras y oficios; como concretamente lo ha hecho en la Escuela Naval Militar, donde se le informara que entre los requisitos de aptitud física se encuentra el no contar con deformaciones, afecciones, lesiones y demás trastornos congénitos o adquiridos, no tener amputaciones de miembros o falta de dedos, entre otros.

Resalta que la minusvalía existe y no podrá revertirse nunca, pudiendo incidir en muchos aspectos de su vida, sobre todo en los que tienen que ver con el mercado laboral. Y que proyectan sus efectos a la frustración de la posible ayuda en la vejez a la madre de Leonel, único sostén del hogar como madre soltera. Vuelve a citar jurisprudencia que avala su petición, y concluye solicitando el reconocimiento del parcial, con más sus intereses.

IV. Apelación de Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda.:

A fs. 1224 interpone la citada en garantía recurso de apelación contra el referido pronunciamiento, el cual es concedido libremente a fs. 1225, expresando agravios a fs. 1297/1300, y contestados por la actora a fs. 1321/3.

Dos son los agravios que esgrime el recurrente: el rechazo de la defensa de no aseguramiento; y la atribución de responsabilidad solidaria



que realiza el a-quo al asegurado, y por ende a su representada, en la producción del hecho dañoso.

En torno al primero (rechazo de la defensa de no aseguramiento), afirma que tal como quedará demostrado en autos con la póliza obrante a fs.381/90 y la pericial contable producida a fs.1132/5, el contrato suscripto entre su representada y el Club Atlético Quilmes fue un seguro de “accidentes personales”, cuya cobertura se circunscribía a los accidentes que pudieran producirse a los jugadores del club asegurado durante el transcurso de encuentros deportivos y/o competencias organizadas por la Liga de Fútbol. Así, las condiciones particulares delimitan objetivamente el acontecimiento cubierto.

Se cubren, agregó, las incapacidades (tarifadas) y los gastos o asistencia médica hasta la suma que se determina expresamente, que pudieran producirse a los jugadores **durante el transcurso del partido cuando el árbitro informara que el jugador se retiraba lesionado** (destacado y subrayado de origen).

Sostiene que, al reconocer la propia actora al demandar que el accidente se produce con posterioridad al partido en que participó el menor, mientras se encontraba observando el siguiente encuentro, se trata de un riesgo no cubierto.

Afirma que pretender incluir el hecho en la cobertura con el solo fundamento de que la póliza no se puede suspender entre partido y partido, ya que ésta también cubre los traslados, resulta desatender todo lo que las partes pactaron.

Resalta, citando jurisprudencia, que la extensión del riesgo asegurado y los beneficios otorgados al tomador del seguro deben ser interpretados literalmente, pues de otro modo se provocaría un grave desequilibrio en el conjunto de operaciones que efectúa la aseguradora.

Por todo ello, entiende que el fallo debe revocarse y hacerse lugar a la defensa planteada, liberando de toda responsabilidad a su representada.



En segundo lugar, y de forma subsidiaria, se agravia de la condena solidaria que propicia el fallo respecto de los clubes demandados.

Considera irrazonable condenar solidariamente a ambos clubes codemandados cuando el hecho ocurre por el admitido mal estado o uso de la puerta-baranda propiedad del Club Once Unidos.

Indica que al reconocer el mentado club que la puerta-baranda debía estar inutilizada e inmóvil, sirviendo solo como baranda fija, reconoce que no estaba en condiciones de uso y debió extremar los cuidados para que no se abriera o colocar carteles advirtiendo el peligro. Así, es irrazonable que se pretenda imputar al C.A.Q. con base en una supuesta extensión de una obligación de seguridad absoluta, ilimitada y de resultado; y más grave aun cuando el a-quo asevera que ello sería autónomo del obrar de su dependiente (Sr. Zaballa).

Asevera que la obligación sumida por el Club Atlético Quilmes, en las concretas circunstancias de tiempo y lugar, no es indiferente al actuar de su dependiente desde que la obligación de seguridad apunta a garantizar la conducta de aquél.

En razón de ello, resulta arbitrario y contradictorio sostener, por un lado, que el profesor se encuentra liberado de toda responsabilidad porque no incurrió en negligencia, impericia ni imprudencia en el cuidado de los niños, y por el otro, condenar a su empleador por un hipotético incumplimiento del deber de cuidado. Concluye solicitando la modificación del fallo eximiendo de responsabilidad al C.A.Q. y a su representada.

Plantea la cuestión federal a efecto de ocurrir ante la CSJN.

V. Apelación de la parte codemandada Club Atlético Once Unidos:

A fs. 1226 interpone el codemandado recurso de apelación contra el referido pronunciamiento, el cual es concedido libremente a fs. 1227, expresando sus agravios a fs. 1304/19, y contestados por la actora a fs. 1328/35 y por la citada en garantía a fs.1336/7.



Cuatro son los agravios que el quejoso apunta a la sentencia apelada, resumiéndolos de la siguiente manera: 1) el hecho supuestamente dañoso no esta probado; 2) en caso de tenerlo probado, no se trataría de un resultado producido por el riesgo o vicio de la cosa sino por una acción humana de la cual la cosa habría sido solo un instrumento; 3) no puede imputársele responsabilidad contractual porque ningún vinculo tiene con el menor lesionado; y 4) no se le atribuye responsabilidad extracontractual por incumplimiento del deber de seguridad, pero, eventualmente, tampoco la tendría según la ley 24.192 que es inaplicable a casos como el de autos.

Así, en primer lugar, afirma que no hay en el expediente una solo prueba de que la lesión en la mano del menor hubiera sido provocada por la puerta baranda. Esa es la invocación de la actora y de los otros demandados, interesados en esa versión. Dice que la alegación de la accionante quedó sin sustento probatorio ante la negativa de su parte y destaca que ninguno de los testigos fue interrogado sobre ello.

Afirma que no negó que el menor hubiera sufrido la lesión en la mano sino que lo negado es que haya sido provocada por la puerta-baranda, es decir, la mecánica que describió la actora. Y el a-quo efectúa una aplicación arbitraria del art. 375 del CPC al relevar a la actora de esa carga.

Dice que la prueba confesional no es válida y que el texto de fs. 1203 carece de valor probatorio como posiciones absueltas en rebeldía por no tratarse de una pieza regularmente agregada al expediente. No es un pliego rubricado por la actura y nada acredita que se trate del presentado dentro del sobre de fs.528. Aún cuando hubiera sido agregado el pliego regularmente, ninguna posición esta dirigida a probar la mecánica del hecho.

En segundo lugar, indica que el a-quo parte del error conceptual de no distinguir entre el daño causado por una cosa y el provocado por el accionar humano utilizándola. Destaca que la actora no le atribuye el daño al riesgo o vicio de la puerta, sino al accionar del tercero que la habría abierto o cerrado.



Indica que la puerta tenía instalado un mecanismo para mantenerla en su lugar y si un tercero la abrió ha tenido que correrlo; por lo que, replicar con que el mecanismo debería haber sido lo suficientemente resistente como para no poder desactivarse es absurdo, ya que implicaría que todas las puertas deberían estar soldadas.

También considera absurda la instalación de carteles indicadores de peligro porque no lo había; y en todo caso no habrían servido frente a menores que no saben leer. Los niños, agrega, no deben estar solos en ninguna parte.

Si el juez, agrega, no sabe cual sería el motivo por el cual la puerta se habría abierto, menos puede afirmar que tal motivo no es imputable al profesor.

Por otro lado, el juez ha descartado la única prueba referida a la puerta-baranda, donde la Municipalidad informa sobre la existencia de la misma y que resulta apta para la función a cumplir.

En tercer lugar, se agravia de la atribución de responsabilidad contractual que efectúa el a-quo, suponiendo vinculaciones que no fueron debatidas ni invocadas, vulnerando el derecho de defensa de la accionada. Alega que respecto de los jugadores de los otros clubes, el organizador no tiene su custodia ni tiene vínculo alguno.

Afirma que, aunque el a-quo no lo haya hecho, la ley 24.192 no puede aplicarse por no haber sido calificado el evento como espectáculo deportivo; y tampoco se aplica a los daños producidos accidentalmente, desde que tipifica conductas exclusivamente dolosas.

IV. Tratamiento de los agravios:

Con el fin de alcanzar un mejor orden expositivo, invertiré el tratamiento de los recursos incoados contra la sentencia de mérito, comenzando por los agravios vertidos por el Club Atlético Once Unidos, para continuar con los traídos por Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda., y finalizar – en caso de corresponder – con las quejas de la parte actora.



a) Recurso del Club Atlético Once Unidos:

1) En primer lugar, corresponde indicar que los magistrados no están obligados a seguir a los recurrentes en todas y cada una de sus argumentaciones sino sólo en aquéllas que resulten conducentes para dirimir el conflicto (cfr. doctrina CSJN, sentencia del 13/11/1986 in re "Altamirano, Ramón c/ Comisión Nacional de Energía Atómica"; ídem, 12/02/1987 in re "Soñes, Raúl c/ Administración Nacional de Aduanas"; entre muchísimas otras; esta Sala, 150.177, Reg.Nº38 (S) Fº220/7, del 12/03/2013).

Y para dirimir el conflicto planteado en autos, sí resulta trascendente ingresar en el análisis del primer agravio del codemandado en cuanto afirma que el hecho dañoso no se encuentra probado. Adelanto su rechazo y pasaré a explicar porqué.

Si bien asiste razón a la recurrente en torno a que en el plexo probatorio de la parte actora no se advierte medio alguno tendiente a probar la mecánica del hecho (ver fs.113vta. y ss), y la versión de la actora fue negada (ver fs. 240vta.), estoy en condiciones de conformar prueba de presunciones a partir de una serie de indicios que por su número, precisión, gravedad y concordancia, así lo imponen (art.163 inc.5 del CPC).

En efecto, no resulta controvertido en autos que el menor Leonel Guerra sufrió un accidente en las instalaciones del Club Atlético Once Unidos.

Tampoco está controvertido por las partes que ese accidente se produjo en una zona del gimnasio donde se encuentra instalada una baranda de hierro, en cuyo extremo existe una parte abisagrada que conforma una puerta-baranda.

Asimismo, al tiempo de ser preguntado el perito médico traumatólogo legista sobre cual fue el mecanismo que sugiere como productor del hecho (ver punto de pericia 1.a de la codemandada C.A.Q. a fs.276), respondió que



sugiere una mecánica traumática, arrancamiento, sección o cizallamiento (ver fs.675vta.).

Así las cosas, si resultaba un lugar de paso – como afirma el codemandado C.A.O.U.- no se advierte de que otra manera pudo producirse la amputación de la segunda falange o falangina y tercer falange o falangeta del dedo meñique de la mano derecha del menor, sino fue por el mecanismo de bisagra de la puerta-baranda descripto.

Si se repara en las fotografías acompañadas con la demanda (ver fs.17 a 20) y con la contestación del C.A.O.U. (ver fs.237 a 239), no se aprecia otro elemento que pudiera producir tamaña lesión por arrancamiento, sección o cizallamiento, como afirma el experto y de cuyas conclusiones no advierto motivos para apartarme (art.384, 474 y cdtes. del CPC).

Es dable recordar que, conforme el principio de adquisición procesal - de vital importancia en materia probatoria -, los actos procesales no pertenecen a la parte que los haya originado, sino al proceso que los adquiere para sí; lo que provoca que los alcances o efectos de dichos actos sean igualitariamente extensivos a todas las partes, sin importar su origen o autoría (**Principios Procesales**, obra colectiva, Peyrano, Jorge, director, T.II, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, pág.239).

En este sentido, en innumerables ocasiones, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha resuelto que *“El principio de adquisición procesal hace posible que cualquiera sea la procedencia de las probanzas que obran en el expediente, su valoración por los jueces de mérito es siempre conducente, cualquiera sea la parte perjudicada o favorecida por ellas”* (Ac.57.079 del 21/11/1995; Ac.55.593 del 14/06/1996; Ac.70.670 del 15/03/2000; Ac 80880 S 4-9-2002; C 105360 S 1-6-2011; entre tanto otros).

2) En segundo lugar, la mentada puerta-baranda, pretende ser para la recurrente un objeto inerte. No obstante ello, es portadora de peligro y no



impide valorarla como viciosa o riesgosa; y sin lugar a dudas, puede constituirse en dañosa. De tal forma, la operatividad probable de la cosa en cuanto elemento generador del daño resulta crucial en el caso de autos (Trigo Represas – López Mesa, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, T.III, ed. La Ley, Bs.As., 2004, pág.308).

No puede perderse de vista que el riesgo, es decir la dañosidad del hecho de las cosas, proviene del uso o empleo que se haga de cada una de ellas en los casos concretos. En muchos casos, el riesgo no está tanto en la cosa, sino en su utilización o empleo en determinadas circunstancias. Así, lo decisivo es la incidencia causal de la cosa en el resultado nocivo. En otras palabras, que la cosa dañosa sea riesgosa por su forma de utilización normal. En este caso hay de por medio un factor objetivo de atribución: el haber creado el riesgo del cual se sigue el daño (Trigo Represas – López Mesa, ob. cit., pág. 339).

No se trata pues, como pretende el recurrente de un daño causado “con” la cosa, sino del riesgo de la cosa, que comprende la operatividad dañosa del objeto según sus circunstancias concretas.

Y claro que un pasador, por más centímetros que se introduzca en la pared, nunca puede lograr *inmovilizar totalmente* una puerta-baranda. Si la intención del C.A.O.U. era que la misma quedará totalmente inmóvil e inutilizada, como afirma en su contestación de demanda, otro debió ser el mecanismo utilizado a tales fines (art. 384 del CPC).

Puede concluirse que la puerta-baranda así colocada se presenta en el particular caso como una cosa “viciosa” o “riesgosa”, y la torna inapta para su destino o utilización de acuerdo con su naturaleza e intención del dueño: mantenerla inmóvil.

Eso así desde que: el destino del estadio es albergar una gran cantidad de personas, aquél 20/04/2002 se desarrollaba un evento con la presencia de menores de edad que obligaba a extremar los cuidados, la cosa riesgosa no contaba con elementos de seguridad para prevenir o



impedir que su parte abisagrada pudiera causar daño, no existían carteles indicadores de que se trataba de una zona de paso donde no estuviera permitido detenerse y, lo más importante, la puerta-baranda no contaba con un mecanismo que asegurara su inmovilización total.

Nos explica Zavala de González que el riesgo de la cosa es una probabilidad de daño genérica y abstracta, que computa anticipadamente un número indefinido de sucesos perjudiciales, en función de la aplicación de la cosa a su destino normal. Puede suceder, agrega, que ese riesgo no exista en concreto, a pesar de la intervención de la cosa riesgosa, lo que ocurre cuando en el caso se han adoptado las diligencias necesarias para evitar el daño a terceros. Por lo tanto, concluye; puede existir riesgo de la cosa por haberse omitido precaución alguna a fin de impedir que se actualice un daño **(Daños causados por el riesgo de la cosa y por una conducta riesgosa, LL, 1983-D-119)**.

Nuestro Máximo Tribunal Provincial ha dicho que *“Es doctrina de este Tribunal que cosa productora de riesgo en el concepto del art. 1113 del Código Civil debe considerarse aquella que en función de su naturaleza o según su modo de utilización genera peligros a terceros (L. 44.069, sent. del 17-XII-1991; Ac. 60.255, sent. del 12-VIII-1997); también es cierto que el art. 1113 del Código Civil no habla de cosa riesgosa, sino del riesgo de la cosa, el que puede resultar de la conexión con diversos factores, por lo que el juez en cada oportunidad debe preguntarse si la cosa genera un riesgo en el que pueda ser comprendido el daño sufrido por la víctima (conf. Ac. 54.311, sent. del 6-II-1996; Ac. 83.753, sent. del 17-XII-2003; C. 96.518, sent. del 18-III-2009).“(C 104291 S 30-3-2011)*. Recapitulando: la cosa (puerta-baranda) es la que ha creado el riesgo del cual provino el daño, conforme las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

Por otro parte, que la baranda cumpliera con las disposiciones previstas en las ordenanzas locales para lograr la habilitación municipal, determinándola como apta para la función a cumplir (ver informe de fs. 649),



no implica que no puede constituirse en cosa riesgosa en los términos del art. 1113 del Cód.Civ.

Así las cosas, desde que el recurrente, como dueño y guardián de la cosa riesgosa, no ha acreditado la culpa de la víctima o la de un tercero por el cual no debe responder, corresponde confirmar lo resuelto por el a-quo en este punto y desestimar el agravio pertinente (argto. art. 375 “a cont” del CPC).

3) El tercer y cuarto agravio, frente a lo concluido en el apartado anterior, donde se determinara el régimen jurídico aplicable al caso, constituyen materia desplazada y tornan innecesario su abordaje en esta instancia revisora (S.C.B.A., Ac. 79.230, Sent. del 19/2/2002; 82.062, Sent. del 24/9/2003; 83.054, Sent. del 24/3/2004; 82.765, Sent. del 30/3/2005; 90.613, Sent. del 29/11/2006 ; 95.035, Sent. del 7/5/2008; 99.437, Sent. del 2/9/2009; A. 69.302, Sent. del 26/10/2010; C.107.932, Sent. del 27/4/2011; entre tantas otras).

b) Recurso de Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda.:

En primer lugar, es dable aclarar que frente a la doctrina legal vigente de nuestro Máximo Tribunal de Provincia, corresponde ingresar en el análisis de los agravios vertidos por el recurrente pese a que el responsable directo haya consentido la sentencia de primera instancia.

En este sentido ha expresó la Suprema Corte Provincial que *“la aseguradora está facultada -con autonomía de la actitud asumida por el demandado- para recurrir un pronunciamiento adverso, toda vez que el eventual débito de responsabilidad en cabeza del demandado repercutirá en forma directa e inmediata sobre un interés personal y originario de la aseguradora que deberá afrontar con su patrimonio la obligación de mantener indemne al asegurado (art. 109, ley 17.418).”* (SCBA, C 96521 S 30-6-2009).

1) Defensa de “no seguro”:



Repasando lo oportunamente expuesto, alega el recurrente que el a-quo incluyó dentro de la póliza contratada un riesgo no cubierto, desde que aquella solo cubre las incapacidades (tarifadas) y los gastos o asistencia médica hasta la suma que se determina expresamente, que pudieran producirse a los jugadores durante el transcurso del partido cuando el árbitro informara que el jugador se retiraba lesionado.

Los elementos probatorios obrantes en autos junto a la jurisprudencia y doctrina que entiendo aplicable al punto bajo análisis me convencen de una interpretación que dista notablemente sobre el alcance limitativo que el recurrente intenta darle a la póliza contratada, llevándome a adelantar el rechazo del agravio.

Conforme se aprecia en las condiciones particulares de la póliza N°04/009935 obrante a fs.381/90, bajo el título “**Ámbito de cobertura**” se estableció bajo la siguiente cláusula: *“La cobertura otorgada por la presente póliza se circunscribe a los accidentes que pudieran producirse durante el transcurso de encuentros deportivos y/o competencias organizados por la liga de fútbol mencionada precedentemente – refiriéndose a la Liga de Fútbol amateur de la ciudad de Mar del Plata -. Además se hace constar que se cubren los accidentes que pudieran producirse durante el desarrollo de hasta dos (2) entrenamientos semanales, a practicarse dentro del ámbito de las instalaciones de propiedad y/o utilizadas por el tomador. Asimismo la cobertura otorgada, se extiende a cubrir además, los acontecimientos producidos durante el traslado de las delegaciones, desde el lugar de concentración hasta el lugar donde se desarrollaran las competencias deportivas y/o viceversa.”* (sic).

Por otro lado, bajo el acápite “**Siniestros**” se establece que *“La cobertura de este seguro ampara las lesiones que se produzcan en partidos oficiales con planillas firmadas y donde el arbitro informe que el jugador se retiro lesionado del campo de juego”* (sic).



Para comenzar su estudio y alcance debo decir que el objeto del contrato de seguro es la cobertura de un riesgo asegurable (art. 2 de la ley 17.418).

Este riesgo asegurable, que debe ser real e incierto, constituye la probabilidad o posibilidad de ocurrencia de un evento dañoso previsto en el contrato, y que motiva el nacimiento de la obligación del asegurar consistente en resarcir un daño o cumplir la prestación convenida (Stiglitz, **Derecho de Seguros**, T.I., ed. La Ley, 4ta. ed., Bs.As., 2004, pág.218).

Claramente se hace necesario en el contrato delimitar el riesgo causal, temporal y espacialmente, es decir, determinar el riesgo asegurado.

Nos explica Stiglitz que la enumeración de los riesgos y la extensión de la cobertura debe apreciarse literal, restrictiva o limitativamente, por lo que no es admisible la interpretación analógica ni extensiva de la póliza para determinar (ampliar o restringir) el riesgo asegurado (ob.cit., pág.224).

En igual sentido se ha expresado la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires al resolver que *“El contrato de seguro debe interpretarse en los supuestos que la cobertura está expresada claramente, no siendo posible otorgarle una télesis extensiva, toda vez que la enumeración de los riesgos y la extensión de la cobertura deben apreciarse restrictivamente.”* (C 107403 S 21-12-2011).

Ahora bien, y me acerco a lo troncal del agravio, distinta es la situación cuando la redacción de la cláusula predispuesta por el asegurador, dada su ambigüedad, **ofrece dudas** en punto a la extensión de su garantía. En estos casos, por imperio del art. 37 de la ley 24.240, la interpretación del contrato debe favorecer al asegurado, trasladándose al asegurador las consecuencias que se derivan de la imprecisión o ambigüedad de la cláusula, por asumir su autoría y tratarse de un profesional con experiencia y aptitud técnica (arg. art. 902 del Cód. Civ.; Stiglitz, ob.cit., pág.225).

Agrega el distinguido autor que en caso de de duda acerca de la extensión del riesgo, debe estarse por la obligación del asegurador, no solo



porque él redacta las condiciones del contrato, sino porque está en mejores condiciones que el asegurado para fijar con precisión y de manera indubitada la extensión clara de sus obligaciones (ob.cit., T.II, pág.65).

En este sentido es doctrina del Máximo Tribunal Federal que *“al tratarse de la interpretación de las cláusulas de un contrato de seguro se debe considerar que, en caso de duda, la obligación del asegurador subsiste, pues dicha parte no sólo redactó las condiciones del contrato sino que por ser quien realiza las previsiones de los siniestros mediante cálculos actuariales, estaba en condiciones técnicas de fijar en forma clara, precisa e indubitada la extensión de sus obligaciones (doctrina causas B.437.XXVIII. “Berlari, Norma Esther c. Omega Cooperativa de Seguros Limitada y otros”, sentencia del 6 de diciembre de 1994 y P.170.XXIX. “Paredes, Miguel Eleuterio c. Caja Nacional de Ahorro y Seguro”, sentencia del 19 de setiembre de 1995).”* (CSJN, Fallos T. 318, P. 2286).

Y la Corte Provincial expreso que *“El tribunal de grado, en ejercicio de una facultad privativa, puede determinar los alcances de la póliza de seguro cuando ésta se encuentre redactada en forma ambigua y confusa. “* (SCBA, L 77873 S 27-10-2004).

Haciendo aplicación al caso de autos de los premisas fijadas precedentemente, considero que nos encontramos frente a una cláusula ambigua, entendiendo por ella la que es susceptible de varios sentidos o expresada sin precisión, equívocamente, confusamente, con oscuridad y que en el contrato de seguro deja dudas sobre el alcance de la cobertura a la que se obliga el asegurador.

Así lo entiendo desde que la interpretación que formula el a-quo se presenta como una de las tantas posibles, lo que ya deja ver la ambigüedad de la cláusula, ajustándose al principio del *“favor consumitoris”*.

Por otra parte, el siniestro es la realización del riesgo tal como ha sido determinado contractualmente. Así las cosas, la ambigüedad en la determinación del riesgo importa, necesariamente, el contagio de aquella a



la determinación del siniestro. O mejor dicho, en el alcance de la cobertura al siniestro concreto.

Así las cosas, no creo posible que bajo el acápite de “*Siniestros*” que transcribiera con anterioridad se determine la única realización del riesgo que se encuentra alcanzada por la cobertura contratada. Si así fuera, no tendrían sentido todas las aclaraciones que se efectúan en el acápite “*Ámbito de la cobertura*”; esto es: acontecimientos producidos durante los traslados, inclusión de los árbitros, etc. En otras palabras, debe interpretarse lo indicado como una aclaración de lo que está incluido y no como exclusión de otras realizaciones del riesgo.

Entiendo poco probable que el Club Atlético Quilmes, contratante del seguro, pudiera interpretar que luego de lo que se indica en el “*Ámbito de la cobertura*”, el riesgo asegurado quedara circunscripto a: “*...las lesiones que se produzcan en partidos oficiales con planillas firmadas y donde el arbitro informe que el jugador se retiro lesionado del campo de juego.*”, como afirma el recurrente. Una interpretación distinta sí importaría violar la necesaria relación de equivalencia entre riesgo y prima.

Recapitulando: Como principio general la enumeración de los riesgos y la extensión de la cobertura debe apreciarse literal, restrictiva o limitativamente, salvo cuando la redacción de la cláusula predispuesta por el asegurador, dada su ambigüedad, ofrece dudas en punto a la extensión de su garantía. En este caso, la interpretación debe favorecer al asegurado, trasladándose al asegurador las consecuencias de la imprecisión (arts. 1, 2, 11 de la ley 17.418, y 1, 2, 3, 4 y cdtes. de la ley 24.240; 217 y 218 del Cód.Com.; 1198 del Cód.Civ.; Resolución de la Superintendencia de Seguros N° 35.614 del 11/02/2011).

Por la razón expuesta, propongo que este agravio también sea rechazado.

2) Condena solidaria de ambos clubes. Liberación del dependiente de su asegurado:



Corresponde comenzar aclarando que, no obstante no decirlo, el a-quo ha condenado a ambos clubes en forma concurrente, “in-solidum”, conexas o convergentes, y no solidaria. Ello así desde que existe claramente identidad de acreedor y de objeto debido, pero presentan distinta causa y deudor.

Nos enseñan Pizarro y Vallespinos que a diferencia de lo que sucede en la obligación solidaria, que es por naturaleza una relación jurídica única, en las obligaciones concurrentes encontramos una pluralidad de obligaciones que presentan los caracteres comunes antes indicados (Instituciones de Derecho Privado, **Obligaciones**, T.I, 1ra. ed., 2da. reimpression, ed. Hammurabi, Bs.As., 2006, pág. 606).

Como puede apreciarse han sido distintas entonces las “causas de deber” de cada uno de los clubes demandados.

En lo que importa al agravio bajo estudio, el Club Atlético Quilmes fue responsabilizado civilmente asimilando su actividad a un establecimiento educacional, en los términos del art. 1117 del Cód.Civ. En virtud de ello, se lo encontró obligado de velar por la salud física y moral de los alumnos y a devolverlos sanos y salvos a sus padres; destacando que esa obligación de seguridad era directa, objetiva y de resultado.

Asimismo, destacó el a-quo que el principal puede responder por dos fuentes: a) obligación de seguridad directa, objetiva y de resultado; b) por la culpa del dependiente por omisión de un deber de cuidado, que complementa y se distingue de la primera.

Así las cosas, la fundamentación del recurso de apelación, entiendo que incumple con la carga procesal establecida en el art. 260 del CPC.

Es que las alegaciones expuestas resultan insuficientes para satisfacer la carga procesal que impone el art. 260 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia, que exige la “crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas” (art. 260 C.P.C.C).



Sobre el particular, enseña Hitters que la expresión de agravios *"...debe contener un mínimo de técnica recursiva por debajo de la cual las consideraciones o quejas carecen de entidad jurídica como agravios, resultando insuficiente la mera disconformidad con lo decidido por el Juez, sin hacerse cargo de los fundamentos de la resolución apelada..."* (Hitters, Juan Carlos; **Técnica de los recursos ordinarios**. Librería Editorial Platense SRL, La Plata, 1985, p g. 442; conc. Roberto G. Loutayf Ranea; **El recurso ordinario de apelación en el proceso civil**, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 262).

Desde esta perspectiva, ha sostenido esta Alzada que *"... la expresión de agravios debe estar directamente dirigida a la sentencia, debiendo ser una crítica objetiva y razonada de la misma; requiriéndose una articulación seria, fundada, concreta, orientada a demostrar la injusticia del fallo atacado. No pudiendo ser la exposición de una mera disconformidad o historia de lo acontecido hasta entonces o repetición de lo que ya se ha dicho en escritos anteriores..."* (esta Sala, causas N° 88.376, RSD-387-93, del 23/11/93; 95.833, RSI-93795 del 21/11/95; 95.524, RSI-14-96 del 02/02/96; 88.356, RSD-182-97 del 26/06/97; 104.007, RSI-1194-97 del 14/10/97; entre otras).

Como claramente puede apreciarse, el recurrente no dedicó un solo párrafo a la doble fuente obligacional que el sentenciante resaltara, y menos aún, indicó por qué resultaba errónea la asimilación a un establecimiento educacional que el magistrado efectuara, endilgando así al C.A.Q. la violación de la obligación de seguridad directa, objetiva y de resultado que dijo pesaba sobre aquél.

Nuestra SCJBA ha indicado que resulta ineficaz el recurso que no se hace cargo de la línea argumental del fallo, y se dedica desarrollar su propia interpretación del tema, dejando incólumes afirmaciones que le dan sustento bastante (conf. Ac. 85.405, sent. del 31-III-2004; C. 94.798, sent. del 13-XII-2006; C. 99.148, sent. del 11-VI-2008).



De lo expuesto se desprende que la carga procesal dispuesta por el art. 260 del CPC no ha sido cumplida, toda vez que la técnica recursiva utilizada por la accionada para refutar la resolución del Juez de grado carece de rigor técnico, resultando, así, insuficientes las manifestaciones vertidas en su expresión de agravios, pues no advierto en ninguna de ellas un razonamiento jurídico suficiente dirigido a resaltar los supuestos errores en que hubiera incurrido el juzgador.

De conformidad con todo lo expuesto, no habiendo cumplido el apelante con la carga de "crítica concreta y razonada" dispuesta en el art. 260 del C.P.C, mal puede atenderse al agravio bajo análisis.

En razón de todo lo expuesto y frente al rechazo de los agravios vertidos, la condena se hará extensiva a la citada en garantía, y -claro está- en la medida del seguro y conforme los alcances establecidos por el a-quo en tanto no resultaron motivo de agravio por ninguna de las partes intervinientes (ver fs.1222vta; art. 118 tercer párrafo de la ley 17.418).

c) Recurso de la parte actora:

El último embate recurso que resta analizar se centra en los montos y rubros por los cuales el sentenciante de la instancia anterior acogiera parcialmente la demanda. Veamos.

1) Incapacidad sobreviviente:

Se ha definido al rubro de marras como la secuela o disminución física o psíquica que pudiera quedar luego de completado el período de recuperación o restablecimiento (SCBA, AC 79922 S 29-10-2003).

Y este Tribunal ha expresado que *"La "incapacidad sobreviviente" evalúa la imposibilidad de la víctima para producir en el futuro, representando la merma genérica en la capacidad de la misma, que se proyecta sobre las esferas de su personalidad (art. 1083 Cód. Civil)"* (Sala I, 119388 RSD-325-3 S 4-9-2003; 106399 RSD-263-4 S 24-6-2004).

La incapacidad debe apreciarse en miras a lo funcional, es decir, como afectación de aptitudes naturalmente destinadas a ser actuadas en



orden a algún fin (Zavala de González, **Resarcimiento de daños, Daños a las personas. Integridad sico-física**, T.2ª, Hammurabi, Bs.As., 1993, pág.344).

Aquella incapacidad repercute entonces tanto el faz laborativa como en la vital o vida en relación, que en el caso de autos tiene la complejidad de su valoración por tratarse de una menor de edad que al tiempo del accidente contaba con cinco (5) años de edad y que, obviamente, no había ingresado aún a la vida laboral ni definido, en su caso, su vocación profesional.

Para evaluar el primer aspecto de la incapacidad, esto es la laborativa, y siguiendo las conclusiones del perito médico interviniente en autos – de las cuales no encuentro mérito para apartarme –, el menor presenta una incapacidad parcial, permanente y definitiva del diez por ciento (10%) de la total obrera (art. 375, 384, 474 y cdtes. del CPC).

Para evaluar la incapacidad en la vida en relación destaco el dictamen médico donde se indica la funcionalidad precaria del dedo meñique y la perdida de fuerza a la maniobra del “desenganche” y de “aprehensión”, funciones de extrema importancia para el uso de la mano. Vale la pena recordar, aunque luzca público y notorio, que la mano, por un lado, resulta el principal órgano para la manipulación física del medio que nos rodea y, por el otro, la principal fuente de información táctil sobre el entorno. Y siendo ello así, la afectación de su funcionalidad repercutirá en todos y cada uno de los actos humanos futuros de la víctima del daño.

No obstante el margen de falibilidad inherente a todo juicio humano vertido en materia donde se manejan probabilidades, destaco los elementos objetivos que me inclinan por proponer una elevación del monto asignado por este parcial: a) la amputación se produce en el dedo meñique de la mano derecho en un niño hábil derecho (ver pericia médica fs. 675); b) no hay antecedentes hereditarios o personales de importancia en relación a la lesión sufrida, ni patologías previas (ver pericia médica a fs.673vta.); c) se



trataba de un niño de cinco (5) años de edad; d) varón y sin presencia paterna.

En este sentido, el Máximo Tribunal de la Provincia indicó que *"...a los fines de cuantificar el rubro deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en el ámbito de la vida laboral y de relación."* (SCBA, C 110037 S 11-3-2013).

Como consecuencia de todo lo expuesto, estimo prudente elevar el parcial a la suma de **cincuenta mil pesos (\$ 50.000)** (arts. 165 último párrafo, 375, 384, 474 y cdtes. del CPC; 1069 y cdtes. del Cód.Civ.).

2) Daño Moral:

Incansablemente ha expresado la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que que *"...la indemnización por daño moral comprende las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes que se configura por el conjunto de padecimientos físicos y espirituales derivados del hecho, y que tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precipuo en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos (Ac. 40.082, sent. del 09/04/1989; Ac. 52.258, sent. del 02/08/1994; Ac. 54.767, sent. del 11/07/1995; Ac. 79.922, sent. del 29/10/2003; entre muchos otros)"*

Y en cuanto al monto del rubro, también a dicho que *"La fijación de sumas indemnizatorias en concepto de daño moral no está sujeta a reglas fijas. Su reconocimiento y cuantía depende -en principio- del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión. "* (C 85381 S 7-5-2008; C 112849 S 28-12-2011; C 115088 S 10-10-2012; entre tantos otros).

Desde el punto de vista normativo, establece el art. 1078 primera parte del Cód.Civ. que la obligación de resarcir el daño causado por los



actos ilícitos comprende la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima; y ello así, cualquiera sea la causa generadora del daño o el factor de atribución aplicable (Pizarro, ***Daño Moral***, Hammurabi, 2da. ed., Bs.As., 2004, pág.350)

En el caso de autos el padecimiento físico del niño resulta indudable frente a las consecuencias del daño: amputación traumática de dos falanges del dedo meñique de la mano derecho. Debo sumar a ello, la preocupación que debió generar la necesidad de ser sometido a dos intervenciones quirúrgicas (ver pericia médica a fs.676), más la extracción de la clavija tiempo después.

Tal conclusión resulta reforzada con lo informado por la perito psicóloga en torno a la incomodidad que presenta el menor frente a la secuela visible, prefiriendo poner las manos cruzadas para esconder la lesión. Asimismo, refiere la profesional que el hecho traumático vivido dejó secuelas en el aparato psíquico, vislumbrándose en su interacción social, notándose cierto aislamiento frente a dar explicación y/o exponerse a la gente (ver dictamen de fs.1111/5). Todo ello evidencia una lesión “psíquica” como consecuencia del accidente sufrido a tan corta edad, provocando una innegable repercusión disvaliosa en la esfera espiritual de la víctima que, incluso subsistirá en el recuerdo como “padecimiento”, “dolor”, “impotencia” y otras sensaciones displacenteras que configuran un indiscutible daño moral.

En virtud de lo expuesto, considero prudente elevar el parcial a la suma de **treinta mil pesos (\$ 30.000)** (arts. 165 último párrafo, 375, 384, 474 y cdtes. del CPC; 1078 y cdtes. del Cód.Civ.).

3) Perdida de chance:

El magistrado de la instancia anterior rechazó íntegramente el parcial, alegando la falta de prueba al respecto y la mínima influencia en la proyección de vida que indicara el perito médico.



Enseña Zavala González que *"...no deben confundirse las lesiones que puede inferir un determinado hecho, con 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."* (Zavala González, Matilde, ob.cit., pág.73 y ss.).

Sobre el rubro en particular y en caso similar, por tratarse de las consecuencias dañosas sufridas por un menor de edad, tuvo oportunidad de expedirme el 17/10/2008 siendo Juez de Primera Instancia en los autos caratulados **"Moreno, Mirta c/ Municipalidad de General Alvarado s/ Daños y Perjuicios" – Expte.N°107.478**, de trámite ante el Juzgado en lo Civil y Comercial N°7 Deptal.; y siguiendo la postura allí asumida propondré al acuerdo confirmar el rechazo del a-quo.

Como es sabido, la **"pérdida de chance"** importa privar de la posibilidad de obtener un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de esa esperanza al sujeto conlleva daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad es la chance y no el beneficio esperado como tal, coexistiendo la **certeza** de que de no mediar el evento dañoso el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro, que permitiría obtener una ganancia, pero a la par la **incertidumbre** definitiva ya, de si, manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia se habría en realidad obtenido (conf. Zannoni, citado por Félix A. Trigo Represas, **"Pérdida de chance de curación y daño cierto, secuela del mal praxis"**, LL, jurisprudencia, diario del 22.05.85, pág. 2; Zavala de González, **Resarcimiento de daños** Vol. 2.a; Ed. Hammurabi; 1990; pág. 374)."



La Jurisprudencia se ha pronunciado, en tal sentido, señalando que *"...Cuando la posibilidad frustrada era muy general y vaga, ella no es indemnizable ya que se trataría de un daño puramente eventual o hipotético. Cuando la posibilidad, en cambio, de obtener la ganancia o de evitar la pérdida era bastante fundada, cuando más que posibilidad era probabilidad suficiente, la frustración de ella debe ser indemnizada, pero esta indemnización es la "chance" que, por su propia naturaleza, es siempre problemática en su realización..."* (CNCiv., sala G, 21/12/81, citado por Zavala de González, **Resarcimiento de daños**, Vol. 2.a; Ed. Hammurabi; 1990; pág.. 377).

Trasladando los principios anteriores al caso bajo examen, se advierte que, si bien mediante la prueba colectada quedó demostrado que, como consecuencia del evento dañoso, Leonel sufrió un grado de incapacidad parcial, permanente y definitiva del 10%, no por ello debe predicarse que -necesariamente- haya perdido una chance (arts. 384 y conds del CPC).

Efectivamente, para la resarcibilidad de la "chance" perdida **es menester algún contexto objetivo idóneo o favorable que confiriese oportunidad efectiva a lo esperado**, es decir, se descarta la indemnización de meras conjeturas, de débiles posibilidades, que no revisten entidad suficiente como para erigirse en probabilidad (conf. Zavala de González; ob. cit. pág.. 375).

En el caso particular, como afirma el a-quo, la actora no ha aportado elementos de convicción idóneos que permitan tener por verificada la situación fáctica o jurídica que justifique la frustración de una razonable aspiración o expectativa a raíz del accidente (argto. arts. 375" cont", 384 y conds. del CPC).

En definitiva, ante el incumplimiento de la carga que prevé el art. 375 del CPC, no queda otro camino que la desestimación el agravio bajo estudio (argto. arts. 375 "a cont", 384 y conds. del CPC; doctrina y jurisprudencia citada).



La chance que la apelante relaciona respecto a la pérdida de posibilidad de ingreso a la Escuela Naval Militar no fue un hecho oportunamente alegado en la instancia de origen ni invocado adecuadamente como hecho nuevo ante esta Alzada, por lo que mal podría meritarse a los fines del otorgamiento de una indemnización por “pérdida de chance” que se apoye en ese contexto fáctico aludido (argto. 163 inc. 6to., 255 inc. 4, 363, y conchs. Del CPC

d) Mandato preventivo atípico:

Comparto la idea de que el juez del siglo XXI no limita su función a ser un mero aplicador de la letra de la ley (visión que cataloga al magistrado como simple “boca de la ley”), por el contrario, éste hoy debe necesaria e imperativamente asumir responsabilidad social (Peyrano, Jorge W., ***Procedimiento Civil y Comercial 1 - Conflictos Procesales***, ed. Juris, Rosario, 2002, pág.171). Partiendo de esa idea, a la que adhiero, no descarto la posibilidad de que en el marco de un proceso particular, y en tanto se cumplan determinados recaudos, los jueces podemos contribuir a evitar que casos como el traído se multipliquen y reiteren alterando la “paz social”.

No se puede presenciar la potencialidad del daño y hacer de cuenta que nada se ha visto, y que solo podremos expedirnos dictando sentencias de condena para todos los casos análogos que deriven de aquella misma causa. Si se tiene la convicción de que “algo” se pudo hacer para que aquella potencialidad dañosa sea erradicada –o en todo caso mitigada-, entiendo que los jueces podemos asumir la responsabilidad a la que se refiere Peyrano y, liberándonos del corset de “mero aplicadores de la ley” disponer medidas para conjurar los futuros daños.

Para enfrentar tal circunstancia nace la función preventiva de daños, la que se manifiesta en un doble aspecto: **a)** atacar la situación de riesgo o peligro con el fin de hacer imposible que se produzca un daño, o al menos evitar, con el mayor grado de probabilidad tal resultado, y **b)** atenuar las



consecuencias del evento si es que el daño llega a concretarse, limitando en lo posible la magnitud de los perjuicios y preservar al máximo el valor de los bienes lesionados (Vázquez Ferreira, Roberto, ***Función de prevención del daño de la responsabilidad civil***, Zeus, boletín N°3854 de febrero de 1990).

Nos dice Bionda que se erigen en presupuestos genéricos para el dictado de una mandato de esta naturaleza: **a)** la existencia de una acción u omisión antijurídica; **b)** la amenaza del acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños que puedan afectar a un individuo o a una pluralidad de ellos; **c)** una relación de causalidad entre ambos extremos; y **d)** la posibilidad material de evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de los mismos (LLBA, año 13/número 4/mayo de 2006, pág.451).

Si bien no la comparto, no desconozco que doctrina legal vigente de nuestro Superior Tribunal de Provincia (que deja de lado la postura sostenida por el Máximo Tribunal con su anterior composición -ver precedentes: "Carrizo", Ac 82656 Sent. del 30-3-2005; "L.,R. c/ A.,B. s/ Medidas cautelares", Ac 98260 S 12-7-2006- sostiene hoy -por mayoría- *que "infringe el principio dispositivo el tribunal que oficiosamente y a título de medida cautelar impone a la empresa ferroviaria la realización de diversas medidas de seguridad en un paso a nivel, máxime cuando de la legislación respectiva no surge que resulten obligaciones a su cargo"* (S.C.B.A., C.88669, sent. del 11/06/08 "Saladino").

Pero la verificación de un verdadero riesgo genérico e indeterminado, impone la necesidad de prevenir potenciales daños futuros.

En este sentido se ha expresado que "...Como expresan Morello y Stiglitz, *"desde este enclave no hay quiebra alguna del principio de congruencia, toda vez que lo que venimos analizando responde a otros registros que es frecuente converjan en un caso judicial: poderes inherentes al juez que respaldan su actuación en la armoniosa aplicación de todo el*



ordenamiento y que, con responsabilidad social, le impele a ejercer activamente. Despliega así un régimen de obligaciones procesales y fijación de competencias y prestaciones activas a cargo de una o varias de las partes, de terceros o de funcionarios públicos. Que revisten fuertes tintes de carácter preventivo, cautelar, de urgencia ... y cubren la finalidad de prevenir daños indeterminados o potencialmente colectivos, frente a la amenaza cierta de una causa productora de daños. Que ni el juez ni la sociedad deben correr el riesgo de que acontezcan si, jurídicamente, son y pueden (deben) ser evitados". ('Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia', 'La Ley'. 1987-D-364)" (voto de la Dra. Kogan en C. 88.669 del 11/06/2008).

Es dable destacar el reciente fallo de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, dictado el 27/03/2013 en autos **"P. N. Y OTROS C/ Z. S. Y OTRO. DAÑOS Y PERJUICIOS" - Expte.Nº57.090**, donde, haciendo uso del mandato preventivo atípico, se logró armonizar la necesidad de prevenir potenciales daños futuros con la doctrina legal vigente de la SCBA (ver también: Peyrano, Jorge W., **Principios Procesales**, T.I, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, pág. 242; Peyrano, ob.cit, T.III, pág. 25; Enderle, Guillermo Jorge, **La Congruencia Procesal**, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, pág.331).

Allí indicó el distinguido colega Dr. Galdós, a quien adhirieron los restantes jueces de la Sala, que éste tipo de mandato pone en conocimiento de la autoridad competente sin ordenar, con el fin de no incurrir en el supuesto defecto de congruencia decisoria que condena el Superior Tribunal.

Así las cosas, constatada como lo fuera la omisión antijurídica consistente en la falta de medidas de seguridad que tornó riesgosa la operatividad de la puerta-baranda y productora de las lesiones que sufriera el niño, y la amenaza de repetición del evento, desde que no hay prueba sobre su inmovilización total y definitiva, imponen al suscripto a proponer a



mi distinguida colega el dictado de un **mandato preventivo atípico** que consistirá en: **1)** ordenar que se constate el estado actual de la cosa productora del daño, vía reconocimiento judicial a practicarse en la instancia de origen (arts. 477 inc.1 y 478 del CPC). Se aclara que queda descartada la viabilidad de un mandamiento de constatación ante la inhabilitación que emana del art. 203 del Acuerdo N°3397/08 de la SCBA para encomendar la misión al Oficial de Justicia; **2)** de advertirse la presencia de potencialidad dañosa en la operatividad de la mentada puerta-baranda, el “a quo” oficiará a la autoridad administrativa correspondiente, esto es la **Municipalidad de General Pueyrredón**, para que tome conocimiento efectivo del estado de cosas existente y, conforme el marco de la competencia, facultades, atribuciones y deberes de la **Dirección de Inspección General** o quien conforme la estructura administrativa del municipio deba intervenir, adopte y ejecute –si correspondiere- las medidas que procuren evitar la reiteración de accidentes como el que se juzga en autos.

e) La imposición de costas:

Reiteradamente la SCBA ha resuelto que *“El hecho de que debe reputarse vencida a la demandada pese a que la acción hubiera prosperado parcialmente como así el carácter indemnizatorio que se atribuye a la condena en costas no se oponen a que la Alzada tenga en cuenta el éxito de los recurrentes para determinar la suerte de las costas en la apelación”* (Ac 35471 S 12-6-1986; AC 66733 S 23-5-2001; C 101847 S 17-6-2009; C 107153 S 4-4-2012).

Así las cosas y visto el resultado de cada recurso interpuesto, corresponde imponer las costas de Alzada del siguiente modo: a) distribuyéndolas en un 90% a cargo de las demandadas y 10% a cargo de la actora por el recurso de ésta última (art.71 del CPC) ; b) al Club Atlético Once Unidos por su calidad de vencido en su recurso; c) a la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. por su calidad de vencido en su recurso (art. 68 del CPC).



Las costas de primera instancia se mantienen en la forma impuesta por el a-quo frente al resultado de los mentados embates recursivos (arg. arts. 274 del CPC).

Por todo lo expuesto, **VOTO POR LA NEGATIVA.**

A la misma cuestión la Sra. Juez Dra. Nélide I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. RUBEN D. GEREZ DIJO:

Corresponde: **1º)** Rechazar íntegramente los recursos de apelación interpuestos por Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. y el Club Atlético Once Unidos a fs.1224 y 1226, respectivamente; **2º)** Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 1228, elevando los rubros incapacidad sobreviviente a la suma de \$ 50.000 y daño moral a \$ 30.000; **3º)** Dictar un ***mandato preventivo atípico*** que consistirá en: **a)** constatar el estado actual de la cosa productora del daño, vía reconocimiento judicial a practicarse en la instancia de origen, quedando descartada la viabilidad de un mandamiento de constatación ante la inhabilitación que emana del art. 203 del Acuerdo N°3397/08 de la SCBA para encomendar la misión al Oficial de Justicia (arts. 477 inc.1 y 478 del CPC); **b)** de advertirse la presencia de potencialidad dañosa en la operatividad de la mentada puerta-baranda, el “a quo” oficiará a la autoridad administrativa correspondiente, esto es la ***Municipalidad de General Pueyrredón***, para que tome conocimiento efectivo del estado de cosas existente y, conforme el marco de la competencia, facultades, atribuciones y deberes de la ***Dirección de Inspección General*** o quien conforme la estructura administrativa del municipio deba intervenir, adopte y ejecute –si correspondiere- las medidas que procuren evitar la reiteración de accidentes como el que se juzga en autos; **4º)** Imponer las costas de Alzada del siguiente modo: distribuyéndolas en un 90% a cargo de las demandadas y 10% a cargo de la actora por el recurso de ésta última (art.71 del CPC); b)



al Club Atlético Once Unidos por su calidad de vencido en su recurso; c) a la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. por su calidad de vencido en su recurso (art. 68 del CPC). (art. 68 del CPC); **5º)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión la Sra. Juez Dra. Nélida I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia, se dicta la siguiente

SENTENCIA:

Por los fundamentos brindados en el presente acuerdo: **1º)** Se rechazan íntegramente los recursos de apelación interpuestos por Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. y el Club Atlético Once Unidos a fs.1224 y 1226, respectivamente; **2º)** Se hace lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 1228, elevando los rubros incapacidad sobreviviente a la suma de \$ 50.000 y daño moral a \$ 30.000; **3º)** Se dicta un ***mandato preventivo atípico*** que consistirá en: **a)** constatar el estado actual de la cosa productora del daño, vía reconocimiento judicial a practicarse en la instancia de origen, quedando descartada la viabilidad de un mandamiento de constatación ante la inhabilitación que emana del art. 203 del Acuerdo N°3397/08 de la SCBA para encomendar la misión al Oficial de Justicia (arts. 477 inc.1 y 478 del CPC); **b)** de advertirse la presencia de potencialidad dañosa en la operatividad de la mentada puerta-baranda, el “a quo” oficiará a la autoridad administrativa correspondiente, esto es la ***Municipalidad de General Pueyrredón***, para que tome conocimiento efectivo del estado de cosas existente y, conforme el marco de la competencia, facultades, atribuciones y deberes de la ***Dirección de Inspección General*** o quien conforme la estructura administrativa del municipio deba intervenir, adopte y ejecute –si correspondiere- las medidas que procuren evitar la reiteración de accidentes como el que se juzga en autos; **4º)** Se imponen las costas de Alzada del siguiente modo:



distribuyéndolas en un 90% a cargo de las demandadas y 10% a cargo de la actora por el recurso de ésta última (art.71 del CPC); b) al Club Atlético Once Unidos por su calidad de vencido en su recurso; c) a la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. por su calidad de vencido en su recurso (art. 68 del CPC). (art. 68 del CPC); **5°)** Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). **REGISTRESE. NOTIFIQUESE PERSONALMENTE O POR CEDULA; Y PASE A LA ASESORÍA DE INCAPACES N°1 (art. 135 inc.12 y último párrafo del CPC).-**

RUBEN DANIEL GEREZ

NELIDA ISABEL ZAMPINI

Marcelo M. Larralde
Auxiliar Letrado