

Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS - FÚTBOL - ESPECTÁCULOS PÚBLICOS - ACCIDENTE EN ESPECTÁCULO DEPORTIVO, PÚBLICO O DE ESPARCIMIENTO - RESPONSABILIDAD DEL ORGANIZADOR - CULPA CONCURRENTENTE - ASEGURADORA - LEGITIMACION PASIVA - PREJUDICIALIDAD

Partes: Nieto Elías Emanuel c/ Club Atlético Newell's Old Boys | daños y perjuicios

Tribunal: Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario

Sala/Juzgado: 12 nom.

Fecha: 25-sep-2014

Cita: MJ-JU-M-89425-AR | MJJ89425

Producto: DP,STF,MJ

Se atribuye culpa concurrente por partes iguales a la actora y demandada, por la caída sufrida por la primera al haber trepado un cerco perimetral del estadio en el que se realizaba un festejo. Cuadro de rubros indemnizatorios.

Sumario:

1.-Si bien es cierto que la conducta de la actora de trepar al cerco perimetral del estadio debe entenderse imprudente, la circunstancia de que dicha conducta se desarrolle de manera habitual por un importante número de personas da cuenta de una falta de control frecuente y generalizada, circunstancia que reflota el incumplimiento del deber de seguridad y cuidado denunciado por la accionante en su presentación inicial.

2.-Cabe acoger la excepción de falta de legitimación pasiva deducida por la aseguradora, pues conforme surge de la documental acompañada, la Asociación del Fútbol Argentino ha contratado un seguro de responsabilidad civil que refiere a competencias futbolísticas organizadas por la referida asociación, la Confederación Sudamericana de Fútbol y los clubes afiliados, siendo que los festejos durante los cuales habría tenido lugar el hecho dañoso no encuadran en ninguno de tales supuestos, por lo que deben tenerse por extraños a la cobertura asegurativa que brinda tal empresa.

3.-El hecho que el contrato de seguro participe de las características de un contrato de adhesión no significa que en todos los casos se deba resolver a favor de la parte más débil, sino que se debe efectuar una interpretación contractual que se ajuste a los principios de buena fe y de equidad.

4.-Ante el archivo de la causa penal que impide promover la acción penal o continuarla, no habiendo mediado pronunciamiento del juez penal sobre los distintos elementos del delito, puede el juez civil evaluar y pronunciarse sobre el ilícito a los fines de la reparación del daño si correspondiere;

consecuentemente, más allá del indudable valor probatorio que tienen los elementos de prueba colectados durante la tramitación de la causa penal, no existe el impedimento previsto por el art. 1101 del CCiv. y por tanto, corresponde al juez civil avocarse al análisis del acontecimiento.

Rosario, 25/09/2014

Y VISTOS: Estos caratulados "NIETO, ELIAS EMANUEL C/ CLUB ATLÉTICO NEWELL'S OLD BOYS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" Expediente N° 899/09, de trámite por ante este Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Decimosegunda Nominación, venidos a despacho para el dictado de definitiva.

A fs. 4/13, en fecha 16/06/2004, el Dr. Pablo Fabián Chitarroni -en su carácter de apoderado del Sr. Elías Emanuel Nieto (primeramente por procura otorgada por sus Sres. Padres y, luego de alcanzada la mayoría de edad, por el mismo actor) deduce demanda contra el Club Atlético Newell's Old Boys tendiente al cobro de la suma de pesos veinte mil (\$20.000-) con más intereses, actualización y costas generadas por el presente. Dirige asimismo su demanda contra la compañía aseguradora citada en garantía.

Explica que en fecha 16 de Octubre de 2003, siendo aproximadamente las 16:00 horas, la parcialidad del Club Atlético Newell's Old Boys llevó a cabo un festejo con presencia de los jugadores del plantel. Para las 17:30 horas del mismo día, su parte se encontraba participando de dichos festejos en el Estadio que mantiene la concursada, ubicándose en la parte baja de la Tribuna Sur denominada "Diego Armando Maradona". Manifiesta que en ese momento dos personas se le acercaron y le exigieron la entrega de su calzado. Ante ello, su parte se niega y huye, trepándose al alambrado que separa las tribunas del campo de juego, señalando que otros simpatizantes ya se encontraban también trepados al mismo. Uno de los simpatizantes -según relata- lo empuja, por lo que cae al césped del campo de juego. La referida caída habría acarreado lesiones de gravedad, lo que motivó su traslado al Hospital de Emergencias Clemente Alvarez, así como posterior tratamiento en consultorio externo.

A efectos de ilustrar lo expuesto acompaña, como documental fundante, publicación del diario La Capital (suplemento "Ovación", pág.4) de fecha 17/10/2003 que daría cuenta de lo sucedido (vide fs. 1) y dictamen realizado por el médico Daniel M. Ortiz - Mat. 13.450 (vide fs. 2/3). Destaca además, que lo acontecido dió lugar a la instrucción del sumario caratulado "NN s/ Robo en grado de tentativa y lesiones" Expte. N° 34541/2003 tramitado ante el Juzgado de Menores N° 2, actuaciones en cuyo primer folio obra parte preventivo del que se desprende un relato de los hechos coincidente con lo afirmado por su parte.

Discorre respecto al derecho aplicable al caso, entendiendo que le cabría a la aquí demandada una responsabilidad objetiva basada en el riesgo propio de una actividad específica, traducida en el incumplimiento del deber de seguridad a su cargo. Recuerda que a efectos de eximirse de una responsabilidad de tipo objetivo no le bastaría a la accionada con alegar su "no-culpa". Cita normas (concretamente, determinados artículos de la ley 23.184), doctrina y jurisprudencia en apoyo de su tesis.

Seguidamente, la actora detalla los daños padecidos, y cuantifica su pretensión.

Manifiesta que a consecuencia de la caída descrita, sufrió politraumatismo de cráneo, traumatismo lumbar de cadera y traumatismo de ambas manos. Destaca haber permanecido varias horas internado, soportando la realización de estudios radiográficos y bioquímicos, así como la receta de analgésicos. Señala que luego de haberse dirigido a su domicilio, debió ser reingresado al nosocomio dados los intensos dolores. Su atención habría continuado luego en consultorios externos. Sostiene que el episodio ha dejado secuelas importantes de lumbalgia post-traumática, reiterando lo expuesto en el dictamen médico que su parte acompañó (vide fs.2), en el cual se estima una incapacidad parcial y permanente del 15% de la capacidad total conforme baremo de uso corriente.

Estima los daños materiales -no sólo como limitación estrictamente laboral sino como cercenamiento a su completo desarrollo como persona (invocando el principio de "integridad resarcitoria")- en la suma de \$15.000, en tanto reclama como indemnización por daño moral -en virtud tanto de la aflicción generada como de lo que denomina "lesión al aparato psíquico"- la suma de \$5.000. Se reserva además la determinación de una suma en virtud de mayores gastos médicos, de tratamiento de fisioterapia, kinesiología y enfermería.

A fs. 18, en fecha 06/10/2005, comparece el Club Atlético Newell's Old Boys, mediante su por entonces apoderado Dr. Fabio E. Cerutti Sacco. A fs. 89/90 comparece la citada en garantía, El Surco Compañía de Seguros S.A., mediante sus apoderados Dres. Guillermo F. y Marcos L. Peyrano.

A fs. 20, por decreto de fecha 26/10/2005, se dispone correr traslado de la demanda. En dicha oportunidad, la accionada deduce excepción de incompetencia como artículo de previo y especial pronunciamiento. Sustanciada la misma, se dicta el auto interlocutorio N° 849 (fs. 27), confirmado luego por acuerdo de Cámara N° 123 (fs. 132), resolviéndose su rechazo.

En fecha 30/07/2008, a fs. 140 vta.; se corre nuevo traslado de la demanda.

La accionada contesta la demanda (fs. 143/146) negando todos y cada uno de los extremos fácticos afirmados por la actora en su presentación.

Sin perjuicio de la negativa esgrimida, la demandada entiende que del propio relato de los hechos brindado por la parte actora, se desprendería la culpa de la propia víctima como eximente de responsabilidad. Sobre el particular, señala que el menor se colocó en un lugar prohibido al público al trepar el alambrado, y que resulta inverosímil entender que ese temperamento obedeció a evitar el robo de su calzado, sino que más bien se debería a la euforia propia del festejo.

La demandada, además -en la primer oportunidad que tuvo para contestar la demanda, a fs. 21/22-, planteó la prescripción de la acción atendiendo al tiempo transcurrido desde que se habría producido el hecho hasta la notificación de la demanda, propugnando la aplicación del Art. 4037 del Código Civil. Asimismo, entendió que existiría prejudicialidad en los términos del Art. 1101 del mismo cuerpo legal, dada la confección del sumario penal al que alude la actora.

La Compañía aseguradora citada en garantía contesta también la demanda, declinando su citación (fs. 149/150). Manifiesta que los hechos relatados por la actora resultan extraños a la cobertura asegurativa vigente al momento de los hechos, brindada por su parte mediante las pólizas N° 7032 y 1400. Ello, por cuanto no se correspondía con la disputa de ninguna competencia futbolística en los términos expuestos en las referidas pólizas. Ello lo lleva a esgrimir excepción de falta de legitimación pasiva.

Sin perjuicio de ello, subsidiariamente responde la demanda negando todos y cada uno de los extremos fácticos afirmados por la accionante. En sentido coincidente con el responde de la concursada, la citada en garantía entiende que se trata de un supuesto de eximente de responsabilidad por culpa de la víctima, quien habría actuado antijurídicamente y con imprudencia al trepar un alambrado perimetral.

En fecha 09/02/2009 se abre la causa a prueba (fs. 151).

A fs. 160 comparece, como nuevo apoderado del Club Atlético Newell's Old Boys, el Dr. Mariano N. Busso.

La actora ofrece su prueba (fs. 164). La citada en garantía, a su turno, hace lo propio (fs.168). La demandada Newell's Old Boys se limita a manifestar desinterés en la pericial médica ofrecida por la accionante (fs. 166). La prueba ofrecida por las partes se provee de conformidad (fs. 170).

En autos se produce prueba confesional (fs. 177), informativa (fs. 186/193, 195/196, 214/215), instrumental (fs. 203/212) y pericial médica (fs. 223), sin perjuicio de la documental fundante oportunamente acompañada por las partes.

En fecha 09/09/2009 (fs. 185 vta.) los presentes autos son remitidos por el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial N° 9 a este Juzgado, por aplicación de lo normado en el Art. 13 in fine de la Ley 25.284.

Clausurado el período probatorio (fs. 222), las actuaciones quedan a disposición de las partes para alegar respecto del mérito de la prueba producida (Art. 406 CPCC).

El alegato de la parte actora es presentado a fs. 238 y en el día de la fecha se agrega, en tanto el de la demandada Newell's Old Boys se presenta a fs. 240 y el de la citada en garantía a fs. 242, glosándose ambos en este acto.

En fecha 01/02/2013, advirtiéndose que no se realizó en su oportunidad, se dispone correr traslado a la actora de la excepción de falta de legitimación pasiva que fuere formulada por la citada en garantía (fs. 279). En fecha 07/05/2013 la accionante evacua dicho traslado, manifestando que si bien no le consta que la aseguradora carezca de responsabilidad por el hecho sufrido, lo cierto es que no ha sido su parte la que la "trajo a juicio", sino que fué la demandada quien a fs. 18 denunció la cobertura asegurativa (fs. 286).

En fecha 17/06/2013, tras haber alcanzado la mayoría de edad, el Sr. Elias Emanuel Nieto ratifica lo actuado y otorga poder especial al Dr. Chitarroni a nombre propio (fs. 290/291).

A fs. 309 comparece, como nueva apoderada del Club Atlético Newell's Old Boys, la Dra. Alicia Cavallero.

Corrida vista de las actuaciones al Órgano Fiduciario, éste manifiesta que si bien podría leerse una responsabilidad como organizador por parte de la demandada, quien permitió el ingreso de la parcialidad a sus instalaciones a efectos de llevar adelante un festejo, no es menos cierto que la conducta de la actora, consistente en treparse al alambrado, tuvo una incidencia causal directa y adecuada sobre el hecho dañoso sin haber producido ninguna prueba relativa a la pretensa tentativa de robo que lo llevó a treparse con el objeto de huir.

Encontrándose firme la providencia de autos (fs. 246, 295, 326), impuestas las partes del Juez que entiende en los presentes (providencia de fs. 266, notificaciones obrantes a fs. 343), solicitado el dictado de sentencia por la actora (fs. 182 vta.) y no existiendo escritos sueltos pendientes de agregación según se informa, quedan los presentes en estado de resolver.

Y CONSIDERANDO: 1. El actor ELIAS EMANUEL NIETO persigue del demandado CLUB ATLÉTICO NEWELL'S OLD BOYS y la citada en garantía EL SURCO COMPAÑÍA DE SEGUROS

S.A. el cobro de la suma de pesos veinte mil (\$20.000) en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Dicho monto resulta de adicionar los reclamos efectuados por la parte actora consistentes en la suma de \$15.000 en concepto de daño material con más la de \$5.000 en concepto de daño moral. Vale destacar que, si bien en oportunidad de interponer la demanda se efectuó una reserva para adicionar futuros gastos médicos, no se hizo luego uso de la misma.

Tal pretensión encontraría su causa en el acontecimiento ocurrido en fecha 16/10/2003, cuando la accionante participaba de los festejos comúnmente conocidos como "banderazo" que tenían lugar en el estadio del Club Atlético Newell's Old Boys. Tras un pretense intento de robo de su calzado, la actora admite haber trepado el alambrado para luego precipitarse accidentalmente sobre el campo de juego, sufriendo politraumatismos que derivaron en su internación en el H.E.C.A. dejando luego secuelas de, según sostiene, un 15% de la capacidad total. Encuadra tales hechos en un incumplimiento del deber de seguridad y cuidado por parte de la demandada, lo que a su juicio activaría la responsabilidad civil de tipo objetivo y el consecuente deber de indemnizar.

Tanto la demandada como la citada en garantía resisten la pretensión de la actora mediante una serie de cuestionamientos que merecerán tratamiento separado, a saber: la prescripción de la acción; la falta de legitimación pasiva (en relación a la citada en garantía); la negativa de todos los extremos fácticos afirmados, y la culpa de la propia víctima como eximente de responsabilidad. Asimismo, merecerá también estudio el planteo de prejudicialidad efectuado por la parte actora.

Que conforme lo normado por el art. 243 CPCC, "Los hechos constitutivos de la litis son los que proceden jurídicamente de la demanda y su contestación y de las peticiones formuladas en ella". Por consiguiente, corresponde analizar los hechos invocados, las constancias de autos y el derecho aplicable en la especie. (C.C.C. de Santa Fe, sala 1ra., Zeus, Tomo 12, p.R-33).

Que la cuestión litigiosa queda integrada con la contestación de la demanda. "El esquema temático de cuestiones jurídicas propuesto por el actor al promover la demanda, que en definitiva serán objeto litigioso y constituirán el thema decidendum, se completa con la contestación de la demanda, porque sobre las admisiones y negaciones del demandado se determina cuales serán los hechos controvertidos ("cuestión litigiosa") y la forma en que se distribuirá la carga de la prueba." ("La demanda y la defensa en el proceso civil", Víctor De Santo Bs.As., edit. Universitaria, 1981, p.459).

Que por motivos metodológicos, corresponderá abocarse al estudio de los presentes en el siguiente orden: a) El planteo de prejudicialidad efectuado por la accionada, a efectos de dirimir si los presentes se encuentran en estado de dictar definitiva. b) El planteo de prescripción efectuado por la accionada; c) El planteo de falta de legitimación pasiva efectuado por la citada en garantía; d) La negativa de los extremos fácticos propuestos por la actora en su presentación, lo que ha colocado a la accionante en el trance de tener que probar sus afirmaciones; y e) La culpa de la víctima como eximente de responsabilidad.

2. Acerca del planteo de prejudicialidad (Art. 1101 C.C.): Es sabido que el instituto de la prejudicialidad penal apunta a evitar el *strepitus foris*, esto es, la contradicción entre sentencias dictadas en distintas sedes. Es que, hipotéticamente, podría ocurrir que mientras que un decisorio admita la ocurrencia de determinados hechos, el otro resuelva que los mismos no tuvieron lugar, o que acaecieron de un modo diferente. Aún más, el ordenamiento de fondo establece todo un sistema relativo a las repercusiones que los decisorios penales acarrearán en materia civil y comercial. Mas en el caso concreto, entiendo que no existe tal peligro por cuanto ya se ha dispuesto el archivo de la causa penal y por tanto, la aplicación del instituto de la prejudicialidad devendría en una irrazonable y estéril postergación de la justicia.

Así las cosas: a) De las declaraciones de la propia actora, resulta que el pretense delito del cual sostiene haber sido víctima fue ejecutado por menores de edad (vide fs. 208); b) El hecho habría tenido lugar hace ya más de once años y c) En sede penal se dispuso el archivo del sumario respectivo (vide fs. 212). Sobre el particular, se ha dicho que "Ante el archivo de la causa penal que impide promover la acción penal o continuarla, no habiendo mediado pronunciamiento del Juez Penal sobre los distintos elementos del delito, puede el Juez Civil evaluar y pronunciarse sobre el ilícito a los fines de la reparación del daño si correspondiere. Consecuentemente, más allá del indudable valor probatorio que tienen los elementos de prueba colectados durante la tramitación de la causa penal, no existe el impedimento previsto por el art. 1101 del Código Civil y por tanto, corresponde al Juez Civil avocarse al análisis del acontecimiento." (Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual Nro. 6 de Rosario. Romanini, Virginia c/ De Cleene, Fernando y otro s/ Daños y Perjuicios. 16-12-2009), que "El archivo de las actuaciones en sede penal permiten al Juez Civil evaluar y pronunciarse sobre el ilícito a los fines de la reparación del daño si correspondiere." (Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual Nro. 6 de Rosario. LATEGANO, Omar Leonardo y otro c/ALONSO, Andrés s/ Daños y perjuicios. 30-10-2009); que "El archivo de las actuaciones en sede penal permite al Tribunal Civil examinar la responsabilidad de las partes" (Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual Nro. 2 de Rosario. CURIONI, Hilda Nélica Antonia c. Municipalidad de Rosario s. Daños y Perjuicios. 05-02-2010)

Tanto doctrina como jurisprudencia han afirmado reiteradamente que la prejudicialidad normada en el Art. 1101 del Código Civil debe aplicarse dentro de un marco de razonabilidad, y no tornarse en un elemento dilatorio u obstructor. "Debe propiciarse el debilitamiento de la prejudicialidad penal, en miras a no caer en una denegación de justicia por dilación indefinida del proceso penal, puesto el principio de la prejudicialidad penal consagrado por el art. 1101 C.C. -como norma de orden público, con aplicación de oficio y la consecuente nulidad de sentencia-, debe armonizarse con la exigencia constitucional de dictar sentencia civil en plazo razonable." (Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil, Comercial y Laboral de Firmat. DAIRY PARTNERS AMERICAS MANUFACTURING ARGENTINA S.A. c/. CARRANZA, Gabriel Antonio s/ exclusión de tutela sindical. 22-06-2010)

Por lo demás, no es un dato menor que tanto el decreto de autos como el pase a despacho han resultado consentido por todas las partes intervinientes. Ante tales circunstancias, cabe desestimar la prejudicialidad deducida a fs.22 reafirmando que los presentes se encuentran -efectivamente- en condiciones de dictar sentencia de mérito.

3. Acerca del planteo de prescripción (Art. 4037 C.C.): La prescripción por dos años, aplicable en materia de responsabilidad extracontractual, no puede merecer acogida por cuanto -conforme ya se plasmó en oportunidad de resolver sobre la competencia, mediante auto interlocutorio N° 849 de fecha 03/04/2006 obrante a fs. 27- nos encontramos ante un reclamo que se sitúa en la esfera de la responsabilidad contractual. Es que entendiéndose el contrato como acuerdo de voluntades, el mismo se perfecciona toda vez que la parte demandada permite el acceso de la actora a sus instalaciones con el objeto de participar en los festejos conocidos como "banderazo". Se trata pues de una relación jurídica consensuada bilateralmente, correspondiendo entonces concluir que no resultan aquí válidas las normas concebidas para la responsabilidad civil extracontractual.

Existe pues una obligación preexistente al daño que coloca al asunto en la órbita de la responsabilidad contractual, habiéndose dicho que "Para distinguir la responsabilidad contractual de la extracontractual, no es necesariamente la existencia efectiva de un contrato del que el autor del daño hubiere incumplido su obligación, sino puramente la existencia de una concreta obligación preexistente, cualquiera sea la fuente. (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe. Sala 1. TERISOTTO, SILVINA CECILIA c/ SANATORIO MEDICO DE DIAGNOSTICO Y TRATAMIENTO S.A. Y OTRA s/ ORDINARIA. 15-09-2010) y que "La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

no se funda necesariamente en la existencia específica de un contrato incumplido por el causante del daño, sino en la de una concreta obligación preexistente, cualquiera fuese su fuente, en aquella primera, frente a la genérica de no inferir lesión en la esfera jurídica ajena, no mediando aquella obligación asumida por el agente, en la segunda." (IÁCONO José c/SERVICIOS VIALES s/DAÑOS Y PERJUICIOS. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario. Sala 2.15-02-2006).

A mayor abundamiento aún cuando se considerara una obligación extracontractual, le asiste razón a la accionante en que la promoción de los caratulados "NIETO ELIAS EMANUEL C/ CLUB ATLÉTICO NEWELL'S OLD BOYS S/ DECLARATORIA DE POBREZA" (900/09) -concretamente, la notificación de la demanda de pobreza- revestiría efecto interruptivo de tal prescripción, la que no habría pues operado.

4. Acerca de la falta de legitimación pasiva, excepción deducida por la aseguradora citada en garantía: Puede adelantarse que la misma habrá de merecer acogida.

Es que en efecto, conforme surge de la documental acompañada a fs. 57/88, la Asociación del Fútbol Argentino ha contratado un seguro de responsabilidad civil de "El Surco Compañía de Seguros S.A." que refiere a competencias futbolísticas organizadas por la referida Asociación, la Confederación Sudamericana de Fútbol y los clubes afiliados. Los festejos durante los cuales habría tenido lugar el hecho dañoso no encuadran en ninguno de tales supuestos por lo que deben tenerse por extraños a la cobertura asegurativa que brinda tal empresa.

Así, reza la póliza N° 7032: "a) Como "riesgo asegurado": "Responsabilidad civil espectadores de competencias organizadas por A.F.A. y/o Clubes afiliados, y eventos organizados por la Confederación Sudamericana de Fútbol. b) Como "ámbito de cobertura" "...Dentro de los estadios de fútbol habilitados por la autoridad competente... en los cuales se desarrollen competencias de fútbol organizadas y/o auspiciadas por el asegurado..." y reza la póliza N° 1400: "muerte por accidente, invalidez total y permanente por accidentes, de los espectadores de competencias futbolísticas organizadas por la A.F.A. y/o clubes afiliados, en Estadios habilitados por la autoridad competente y a los eventos organizados por la Confederación Sudamericana de Fútbol en la medida que los encuentros sean disputados por equipos o entidades afiliadas a la Asociación del Fútbol Argentino..."

El Art.11 de la Ley 17.418 dispone que los riesgos asumidos por el asegurador son aquellos que se incluyen en la póliza, y basta una lectura de la misma para advertir que los hechos descriptos en la demanda no se encuentran entre los contemplados. Por lo demás, la documental acompañada no ha merecido observaciones por parte de la actora ni de la demandada.

Cabe aclarar que no se trata aquí de un supuesto de interpretación de cláusulas ambiguas o limitativas de responsabilidad, donde resultaría relevante, entre otras cuestiones, la condición de la aseguradora como parte predisponente del contrato de adhesión. Lo que ocurre en el presente caso es que el riesgo claramente no se encuentra entre los cubiertos. "El hecho que el contrato de seguro - en el caso seguro de responsabilidad civil - participe de las características de un contrato de adhesión no significa que en todos los casos se deba resolver a favor de la parte más débil, sino que se debe efectuar una interpretación contractual que se ajuste a los principios de buena fe y de equidad." (PACHIEGA, Leandro c/ PROVINCIA SEGUROS S.A. s/ incumplimiento contractual. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario. Sala 4. 02-12-2010)

En relación a las costas generadas a raíz de la participación en el proceso de la Compañía Aseguradora cabe señalar que, si bien es cierto que la misma fue denunciada por la parte demandada, no es menos cierto que ha sido la propia actora quien optó por notificarle el traslado de la demanda y llevar adelante el proceso a su respecto, todo con posterioridad a la declinación de la citación. Así las cosas, entiendo que cada una de las partes deberá afrontar el 50% de aquellas costas que se hubieren generado en virtud

de la participación en autos de "El Surco Compañía de Seguros S.A.", incluyendo los honorarios de sus apoderados.

5. Acerca de la negativa de los extremos fácticos afirmados por la actora en su presentación: La demandada, al negar todos y cada uno de los supuestos de hecho constitutivos de la pretensión de la actora que ésta ha plasmado en su demanda, la ha colocado en el trance de tener que probar los mismos. Es el Tribunal quien, siguiendo las reglas de la sana crítica, "...aprecia los elementos de convicción que estime conducentes a la confirmación de los hechos afirmados..." (C. Civ. Y C. Rosario, Sala 4ª. 06.12.91. Villa, María Teresa c/ Prov. De Santa Fe s/ Daños y Perjuicios. T.59 J-147. Rep. Zeus, T.10 Pág. 575), "...incluso para demostrar el por qué de la selección de otro en desmedro de aquel." (C. Civ. Y C. Santa Fe., Sala 1ª. 21.04.93. Acosta, Aldo E. y otra c. Maresca, Daniel H. R. s/ Indemnización. T.63, R-6 -Nº 14498- Rep. Zeus T.10 Pág. 915). En ese orden, corresponde abocarse al estudio de la prueba producida en autos a efectos de determinar si lo afirmado por la accionante se encuentra o no debidamente acreditado.

Previo al análisis de los elementos probatorios reunidos en las actuaciones, vale recordar aquello de que "Es facultad privativa del juez, en materia de apreciación de la prueba, inclinarse por la que le merece mayor fe, en concordancia con los demás elementos de mérito que obren en el expediente." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C • 17/04/2006 • Requejo, Rodolfo O. c. Banco Itaú Buen Ayre S.A. • DJ 25/10/2006, 605 • AR/JUR/1980/2006); que "La ley no prefija ni la admisibilidad ni la fuerza probatoria de cada uno de los medios de prueba, labor que queda decididamente librada al criterio y convicción de cada magistrado." (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis • 03/09/1996 • L. R., y otro • DJ 1997-2, 617 •) y que "Resulta incuestionable que el tribunal puede dar preferencia a determinados medios probatorios respecto de otros, sin que ello configure la causal de arbitrariedad" (C. Civ. Y C. Santa Fe, Sala 1ª. 18.06.93. Greca, Jorge A. y otra c. Rauik, Elías M. y otro s/ Daños y perjuicios-Recurso directo. T.63 J-1. Rep. Zeus T.10, Pág. 915).

Así las cosas, entiendo que los elementos probatorios obrantes en autos resultan idóneos para acreditar:

a) La concurrencia de la parte actora a los festejos que tuvieron lugar en el Estado del Club Atlético Newell's Old Boys, pasadas las 16 horas del 16 de Octubre de 2003, festividades conocidas como "banderazo", y su caída de la Tribuna en la cual se encontraba: Ya de la documental fundante acompañada por la actora al momento de interponer la demanda (consistente en una publicación del diario La Capital -suplemento "Ovación", pág. 4 de fecha 17/10/2003-, reafirmada luego mediante contestación de oficio dirigido a dicho medio gráfico, obrante a fs. 195/196) se desprende que un asistente al evento cayó de la tribuna y debió ser internado. Ello se integra sin fisuras ni contradicciones con la contestación de oficio efectuada por el Hospital de Emergencias Clemente Alvarez (fs. 186/193) la cual da cuenta del ingreso de la actora a dicho nosocomio a las 18:17 horas del 16/10/2003, en ambulancia proveniente del Estadio del Club Atlético Newell's Old Boys, con motivo de una caída de altura (vide formulario obrante a fs. 188, suscripto por el Dr. Pedro Ramelio, médico de guardia). Todo ello, frente a la nula actividad probatoria desplegada por la demandada en relación a este punto. Estimo que los elementos probatorios descriptos traen aparejada fuerza convictiva suficiente para tener tales hechos por acabadamente demostrados en autos.

b) Las lesiones padecidas con motivo de dicha caída, y el porcentaje de incapacidad permanente resultante: En relación a las lesiones que padeció la parte actora a consecuencia de la caída referida, nuevamente resulta de relevancia el informe glosado a fs. 187/193, el que da cuenta de un "trauma cerrado" en abdomen y gluteos, diagnosticándosele "lumbalgia" y practicándosele múltiples estudios. El informe pericial médico realizado dos semanas luego del hecho por el delegado técnico de parte Dr. Daniel M. Ortiz (Mat. 13.450) -obrando a fs. 2-, concluye la existencia de "lumbalgia post-traumática" describiendo la manifestación de dolor en columna lumbosacra y en ambas manos, con importante hematoma y disminución de la movilidad. La pericia médica practicada por el perito Dr. Leon

Kremenetzky (fs. 223) efectuada siete años después del hecho, da cuenta de una ligera coxalgia derecha, dolor a nivel de la rama isquiopubiana y la consolidación de fractura.

No cabe entonces ya duda que la caída acaecida en las instalaciones de la concursada tuvieron como resultado las lesiones descriptas por la accionante en su presentación (fs. 7).

Respecto al porcentaje de incapacidad resultante, y sin perjuicio de que la accionante sostuvo inicialmente que ascendía al 15% de la total corporal, debe tenerse por cierto el dictamen del perito médico que la ubica en un 8%. Ello por cuanto es sabido que el dictamen del perito sorteado de la lista detenta, prima facie y como lineamiento general, mayor fuerza convictiva que el informe efectuado por el delegado técnico de parte interesada. Por lo demás, no habiendo dicha pericia merecido observaciones o impugnaciones en término, y apareciendo efectuada con solvencia, cabe pues acoger lo dictaminado.

c) El pretense intento de robo que motivó que la accionante trepare el alambrado perimetral desde donde luego se produciría la caída: Este supuesto de hecho constitutivo de la pretensión de la actora no se encuentra acreditado en autos.

En efecto, de la prueba producida no surge, siquiera indiciariamente, que tal hecho haya efectivamente tenido lugar.

El único elemento probatorio que atiende la cuestión es el sumario penal agregado en copias a fs. 203/212, más el mismo dista de ser concluyente. El intento de robo del calzado de la actora se manifiesta únicamente en el relato que ésta misma brinda en oportunidad de realizar la denuncia ante la autoridad policial. Pero por otro lado, en el parte preventivo glosado en el mismo sumario (vide fs. 211), el Oficial Sub-Ayudante Martin Damian y el Comisario Principal Daniel Omar Barrile relatan que el hecho se produjo en ocasión de treparse todo un grupo de personas al alambrado perimetral, sin hacer mención alguna del ilícito.

Por lo demás, cabe reiterar, no existe en el resto de las actuaciones ninguna otra probanza en relación a tal punto. Desde los criterios tradicionales de distribución de la carga probatoria, debe concluirse que la falta de acreditación de los hechos importa la no superación del umbral erigido por la negativa esbozada por la parte demandada. A mayor abundamiento, aún cuando se entendiere aplicable al caso el llamado "dinamismo probatorio", entiendo que la accionante no se encontraba en una situación en la que se viere razonablemente impedida de probar el hecho afirmado -o, al menos, de intentarlo-. Más aun, dada la inmediatez que habría experimentado con tales hechos, resultaría cuanto menos discutible la afirmación de que la demandada se encontraba en una mejor situación probatoria sobre tal punto.

La falta de prueba en relación al motivo que llevó a la actora a subirse al alambrado perimetral, se encuentra lejos de destruir su relato -debidamente acreditado en sus demás extremos-, pero si la coloca en una situación comprometida respecto del punto que a continuación se estudiará: la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad. Es que no se advierten ya motivos válidos que justifiquen el riesgoso temperamento llevado a cabo.

6. Acerca de la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad: La demandada ha sostenido la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad, en los términos del Art. 1111 del Código Civil.

Es sabido que la culpa de la víctima resulta ser un eximente en el marco de la responsabilidad objetiva por incumplimiento del deber de seguridad y cuidado alegados por la accionante. Y efectivamente, del propio relato de la actora surge que trepó el cerco perimetral, realizando una actividad prohibida y colocándose a sí misma en un lugar vedado a los espectadores, el que acarrea riesgos de caída que son fácilmente concebibles desde el sentido común y la experiencia.

Cabe recordar lo expuesto en los considerandos precedentes en el sentido de que el hecho esgrimido a modo de justificación, esto es, el haber escalado el cerco perimetral con el objeto de huir de un intento de robo, no ha sido acreditado en autos y no puede por ende merecer acogida.

Podría sin embargo afirmarse que a algún motivo debió obedecer la circunstancia de que la actora trepe el alambrado perimetral, pues no resultaría en principio verosímil entender que las conductas se llevan a cabo sin causa o motivo. Así es que, no habiéndose demostrado la causa sostenida por la actora, ni habiéndose alegado ninguna otra, no cabe sino concluir que lo que acontecido es lo que ocurre según el curso natural y ordinario de las cosas. Así es que, siguiendo tanto las constancias de autos como las reglas de la experiencia, cabe contextualizar el trepado del alambrado en el marco de los festejos que se estaban llevando a cabo.

Vale decir que a lo largo de las actuaciones ha quedado demostrado que numerosas personas, y no sólo la accionante, procedieron a escalar el trepado perimetral. Así se desprende del ya mencionado parte preventivo glosado al sumario penal (vide fs. 211), e incluso la misma demandada lo ha admitido como un temperamento factible (vide fs. 145/146 -contestación de demanda-: "...Por qué descartar la posibilidad de que el actor trepó hasta la punta del alambrado producto de la euforia que le causara el supuesto festejo...?") e incluso habitual (vide fs. 349 -alegato-: "...como es costumbre y de público conocimiento en este evento, denominado "el banderazo", que se desarrolla todos los años antes del clásico entre R.C. y N.O.B. los hinchas se exaltan y efectúan todo tipo de cantos, trepándose muchos de ellos al alambrado como parte del festejo.")

Pues bien, si bien es cierto que la conducta de la actora debe entenderse imprudente, no es menos cierto que la circunstancia de que dicha conducta se desarrolle de manera habitual por un importante número de personas da cuenta de una falta de control frecuente y generalizada, circunstancia que reflota el incumplimiento del deber de seguridad y cuidado denunciado por la accionante en su presentación inicial.

Estimo que nos encontramos pues frente a lo que la doctrina ha denominado "concausas", pues el accionar imprudente de la actora combinado con la falta de control generalizada imputable a la demandada han dado lugar conjuntamente a la producción del daño, revistiendo ambos temperamentos antijurídicos un adecuado nexo de causalidad con el hecho dañoso. La responsabilidad habrá entonces de distribuirse en un 50% en cabeza de cada una de las partes.

La jurisprudencia ha reconocido en numerosas ocasiones la existencia de conductas que contribuyen al acaecimiento de consecuencias dañosas con el grado de concausa, verbigracia: "Puesto que la necesaria relación causal que debe existir entre la acción y el resultado dañoso se puede ver afectada por factores extraños que pueden configurar la interrupción del nexo o la disminución de los efectos de un hecho (concausa), podrá siempre demostrarse la ausencia total o parcial de responsabilidad civil. Es decir, que tratándose de una responsabilidad de tipo objetiva, lo que deberá demostrarse para lograr la eximición total o parcial es la existencia de una causa ajena (hecho de la víctima o de un tercero extraño o la existencia de caso fortuito)" (GÓMEZ, Germana c. ESTIGARRIBIA, Salvador y/u Ots s. Daños y Perjuicios. Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual Nro. 2 de Rosario. 02-03-2010); "En la reforma introducida por la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810), en el art. 1113 del Cód.Civil, sin desplazar el concepto de culpa introdujo el del riesgo creado, en una fórmula que nos parece equilibrada y satisfactoria. De los dos párrafos agregados a dicho artículo surge con claridad que la culpa de la víctima o de un tercero, exime totalmente al propietario de la cosa, siempre que se pruebe que esa culpa fue la causa exclusiva del hecho dañoso. Si por el contrario, esa culpa no fue sino una concausa, habrá solamente exoneración parcial." (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto • Boyle, Alejandro c. Regidor, Oscar J. • 30/07/1992 • AR/JUR/2621/1992); "Cuando la conducta de la víctima ha concurrido con la actuación de las cosas riesgosas en la

producción de su propio daño como concausa, desplaza proporcionalmente la responsabilidad en el hecho de los propietarios de aquéllas." (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • Castro, Angel W. c. Mascheroni, Roberto O. y otro • 18/04/1989 • AR/JUR/281/1989).

7. Acerca de la cuantía del reclamo: Resta estudiar lo relativo al quantum de la demanda.

En relación al daño patrimonial, no habiéndose acompañado comprobantes de gastos ni acreditado ningún otro extremo indemnizable bajo este rubro, cabe acotar el mismo a los parámetros correspondientes a la incapacidad del 8% de la total corporal, fijada por la pericia médica efectuada en autos. En ese orden, atendiendo al valor estimado del punto de incapacidad, circunstancias personales de la accionante al momento del hecho, y siendo que la responsabilidad de la parte demandada se ha limitado a un 50% conforme lo precedentemente expuesto, la indemnización a fijar asciende a la suma de pesos \$9.200

En lo vinculado al daño moral perseguido, cabe conceptualizar al mismo como toda alteración disvaliosa del bienestar psíquico de la personas. Su resarcimiento persigue una función satisfactoria a favor de la víctima, mitigadora del padecimiento espiritual, sufrimientos, y afecciones legítimas (Morello, Santos Cifuentes, Caseaux, Trigo Represas). Siendo que no se ha acreditado ningún padecimiento extraordinario, el mismo se acotará a las molestias, tristezas y desánimo que razonablemente se desprenden de la lesión que la accionante ha debido soportar. "El daño moral notorio no requiere demostración, pues se infiere de los hechos. Ello ocurre en materia de lesiones (físicas, psíquicas y estéticas) y sus tratamientos y secuelas. La incapacidad que generan, hace presumir los padecimientos espirituales que configuran el daño" (Stiglitz, G y Gandolfo de Stigitz, A "Juicio por accidente automotor", pag. 82). En ese orden, y siendo que la responsabilidad de la parte demandada se ha limitado a un 50% conforme lo precedentemente expuesto, la indemnización a fijar asciende a la suma de pesos \$2.760

8. En cuanto a los intereses, los mismos se fijan en la tasa promedio entre activa y pasiva empleadas por el Nuevo Banco de Santa Fe S.A., sumada, desde la ocurrencia del hecho y hasta el acogimiento por parte de la concursada al régimen de salvataje de entidades deportivas normado por la Ley 25.284.

Empleado que sea el presente decisorio como título verificadorio, la percepción de la acreencia de la actora deberá encarrilarse por los mecanismos fijados para la cancelación de pasivo en el marco del procedimiento referido. Por lo hasta aquí expuesto, habrá de acogerse parcialmente la demanda, por la suma de \$11.960 con más intereses conforme lo antedicho y costas distribuidas del siguiente modo:

Las costas que se hubieren generado en virtud de la intervención en autos por parte de "El Surco Compañía de Seguros S.A." (incluyendo los honorarios de sus profesionales) serán soportados en un 50% por la parte actora y en un 50% por la parte demandada.

Las demás costas generadas en autos serán soportadas en un 50% por la parte actora y en un 50% por la parte demandada.

Todo ello, de conformidad a lo preceptuado por el Art. 252 C.P.C.C.

En consecuencia,

FALLO: 1) Rechazando el planteo de prejudicialidad esgrimido por la demandada. 2) Haciendo lugar al planteo de falta de legitimación pasiva esbozado por la compañía aseguradora citada en garantía. 3) Rechazando el planteo de prescripción esgrimido por la demandada. 4) Haciendo lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, condenado a la demandada Club Atlético Newell's Old Boys a abonar a la actora Elias Emanuel Nieto la suma de pesos once mil novecientos sesenta (\$11.960.-) con más

intereses conforme lo expuesto en la parte considerativa. El cobro de la referida acreencia deberá encaminarse conforme lo preceptuado en el plan de cancelación de pasivo dictado en el marco del régimen de salvataje de entidades deportivas (Ley 25.284), sirviendo en su caso la presente como título verificadorio. 5) Las costas generadas en virtud de la intervención en autos de "El Surco Compañía de Seguros S.A." serán soportadas en un 50% a cargo de la parte actora y un 50% a cargo de la parte demandada. 6) Las demás costas generadas por el presente se distribuirán en un 50% a cargo de la parte actora y un 50% a cargo de la parte demandada. 7) Insértese y hágase saber. "NIETO, ELIAS EMANUEL C/ CLUB ATLÉTICO NEWELL'S OLD BOYS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" Expediente N° 899/09