1057-2012 CALABRO LORENA VANINAC/ CLUB ATLETICO BCO PCIA DELEGACION ZONAL JUNIN S/DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC.ESTADO)

----------IEMZ

N° Orden: 241

Libro de Sentencia Nº: 55

Folio:

/NIN, a los 18 días del mes de Diciembre del año dos mil catorce, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín Doctores JUAN JOSE GUARDIOLA Y RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, en causa Nº JU-1057-2012 caratulada: "CALABRO LORENA VANINAC/ CLUB ATLETICO BCO PCIA DELEGACION ZONAL JUNIN S/DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC.ESTADO)", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Castro Durán-Guardiola.-

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Castro Durán dijo:

I- A fs. 241/248vta. La Sra. Juez de primera instancia, Dra. Laura S. Morando, dictó sentencia, por la que hizo lugar a la pretensión incoada por Lorena Vanina Calabró, por su propio derecho y en representación de su hijo menor de edad Rafael Esteban Nasisi, contra el "Club Atlético Banco de la Provincia de Buenos Aires Delegación Zonal Junín", condenando a este último y a la citada en garantía "San Cristobal Sociedad Mutual de Seguros Generales" a pagar a aquella, las siguientes indemnizaciones: de $ 50.000 por la incapacidad sobreviniente de Rafael Esteban Nasisi; de $ 2.000 por los gastos médicos futuros; de $ 500 por gastos de farmacia; y de $ 40.000 por el daño

moral de Rafael Esteban Nasisi; todas estas sumas con más intereses a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días, desde el día del hecho y hasta el efectivo pago. Dispuso que las sumas correspondientes a las indemnizaciones otorgadas al menor deben depositarse en una cuenta judicial. Impuso las costas al demandado y difirió la regulación de honorarios profesionales.

De tal modo, la Dra. Morando receptó la pretensión encaminada a obtener la indemnización de los daños que, según alegó la accionante, se produjeron a causa del ataque de un perro a su hijo, en las instalaciones de la persona jurídica demandada.

Para adoptar tal decisión, la magistrada "a quo" sostuvo que, atento a los términos de la demanda y su contestación, cabe tener por cierto que en el complejo de la demandada, un perro mordió al hijo de la actora.

Expuso que las partes de autos estaban vinculadas contractualmente al momento del daño experimentado por el menor, daño que tiene relación causal con el incumplimiento del deber de seguridad a cargo de la demandada, el cual, aunque fuera considerado como una obligación de medios, igualmente se encontraría incumplido, ya que se encuentra probado que la demandada no adoptó los recaudos necesarios para evitar el hecho dañoso.

Resaltó que el testigo Bustos, que es empleado de la persona jurídica demandada, reconoció haber advertido la presencia del perro y que no adoptó ninguna medida de seguridad, pese a que, por orden de los directivos, ningún perro podía permanecer en el complejo.

Concluyó, entonces, en que quedaron reunidos los presupuestos necesarios para atribuir responsabilidad a la demandada.

Añadió que, sin embargo, el incumplimiento de la obligación de seguridad de la demandada no fue la única causa del hecho motivo de litis, dado que de las declaraciones testimoniales brindadas en autos, surge que también la falta de vigilancia por parte de los progenitores del menor contribuyó, en idéntica medida, a la producción del daño; puesto que, de haber ellos ejercido un efectivo control sobre su hijo, hubieran evitado que el perro lo mordiera.

Consecuentemente, delimitó la responsabilidad de la demandada en el 50% de los daños a resarcir.

Seguidamente la "a quo" se expidió sobre los rubros indemnizatorios y, en lo que a los recursos deducidos interesa, desestimó el reclamo indemnizatorio por el daño estético, haciendo hincapié en que dicho daño no es autónomo, sino que las lesiones padecidas por el menor, en su faz patrimonial, deben ser consideradas dentro de la incapacidad sobreviniente, y en su faz extrapatrimonial, dentro del daño moral.

Asimismo, apoyándose en la pericia médica practicada en autos, fijó en la suma de $ 4.000 (que quedó limitada al importe de $ 2.000) la indemnización correspondiente el gasto médico futuro a generarse por la cirugía plástica reparadora a realizar en el rostro de Rafael.

II- Contra este pronunciamiento, el Dr. Víctor A. Rivera, en su rol de apoderado de la citada en garantía, dedujo apelación a fs. 259, e idéntica impugnación interpuso a fs. 260 la accionante; recursos que, concedidos libremente, motivaron la elevación del expediente a esta Cámara, donde se agregaron las respectivas expresiones de agravios.

III- A fs. 268/274 se agregó la expresión de agravios presentada por la accionante, quien inicialmente planteó la nulidad de lo actuado en primera instancia por el Dr. Rivera en carácter de gestor procesal del "Club Atlético Banco de la Provincia de Buenos Aires Delegación Zonal Junín", por no haber acreditado la personería invocada, ni tampoco obtenido la ratificación de la gestión, en tiempo y forma.

Seguidamente, se agravió por la incidencia causal atribuida a la falta de control paterno sobre el menor, argumentando que la sentenciante de primera instancia dio por probado que el niño estaba molestando al perro, con la declaración parcial del testigo Bustos, que es empleado de la demandada.

Expuso que los testigos Petraglia y Guardia no se expidieron acerca del móvil por el cual el perro atacó a Rafael.

Adujo que la "a quo" evaluó los deberes inherentes a la patria potestad con excesivo rigorismo; a lo que agregó que al momento del evento dañoso, Rafael estaba

bajo la vigilancia de ella y del padre, quienes se encontraban a escasos metros del lugar, tal como lo dijo el testigo Guardia.

Sostuvo que no caben dudas de que un padre puede permitir que su hijo de tres años juegue en un complejo deportivo, a escasos diez o doce metros de su presencia.

Añadió que la demandada debió haber prestado el servicio de esparcimiento en condiciones adecuadas al fin al que está encaminada su actividad; para lo cual, debió haber adoptado las medidas de seguridad necesarias para evitar riesgos y daños a los asistentes a su complejo deportivo; y por lo tanto, al no haberlo hecho, debe responder en su totalidad por los perjuicios causados.

Finalmente, se agravió de que la "a quo" no haya considerado en forma independiente al daño estético, limitando de esa manera el monto indemnizatorio que por reparación integral corresponde fijar, omitiendo conceder una indemnización para afrontar los gastos que demande la cirugía plástica reparadora que necesita Rafael Nasisi; solicitando que se fije dicha indemnización en la suma de $ 80.000.

IV- A fs. 275/276 se agregó la expresión de agravios presentada por el apoderado de la citada en garantía, quien se agravió por la responsabilidad atribuida a la demandada, argumentando que el establecimiento deportivo de la misma está alejado de la ciudad y tiene un tamaño más que considerable, por lo que el ingreso de animales al mismo es incesante, y aunque se adopten las medidas de seguridad pertinentes, se hace imposible controlarlo.

Agregó que al momento del hecho de autos, el menor de tan sólo tres años de edad estaba a cargo de sus progenitores, los cuales se encontraban lo suficientemente alejados del lugar, como para tener el control de la situación.

Expuso que el cumplimiento de la obligación de seguridad a cargo de la demandada, que es de medios y no de resultado, ha quedado demostrado con la prueba producida en autos; por lo que concluyó solicitando el rechazo de la pretensión.

V- Corrido traslado recíproco de las expresiones de agravios reseñadas precedentemente, a fs. 282 se agregó la contestación formulada por la actora, y a fs.

283/284 se hizo lo propio con la contestación presentada por el Dr. Rivera en representación de la citada en garantía; solicitándose en ambas contestaciones el rechazo de la apelación de la contraria; luego de lo cual, se dictó el llamamiento de autos para sentencia, cuya firmeza deja a las presentes actuaciones en condiciones de resolver.

VI- En tal labor, comenzando por el planteo de nulidad formulado por la parte actora en la expresión de agravios, respecto de la actuación desplegada en primera instancia por el Dr. Rivera en representación de la demandada; adelanto que debe ser rechazado.

Así lo entiendo, puesto que, según el art. 482 del C.P.C., el consentimiento del llamamiento de autos para sentencia dictado en primera instancia, importa el saneamiento de todos los vicios de las actividades anteriores, quedando a partir de allí cerrada toda posible discusión.

Por ello, si el planteo de nulidad no hubiera tenido éxito en primera instancia; menos aún, puede tenerlo en esta Alzada (art. 482 C.P.C.).

VII- Pasando al tratamiento de los agravios vertidos por ambos apelantes, obviamente con objetivos contrapuestos, contra el tramo de la sentencia referido a la atribución de responsabilidad; comienzo por señalar que al momento del acaecimiento del hecho motivo de litis, las partes estaban vinculados por un contrato, en virtud del cual, la demandada ponía a disposición del grupo familiar de la accionante, las instalaciones y los servicios de su complejo deportivo.

Este contrato tiene una estructura compleja, de la que emergen para la demandada dos tipos de obligaciones: por un lado, la obligación típica que está enderezada al cumplimiento de la prestación expresamente convenida (brindar las instalaciones y servicios del complejo deportivo); y por otro, la obligación tácita de seguridad, incorporada al negocio jurídico por el principio de la buena fe, cuya finalidad es garantizar al acreedor que no sufrirá daño alguno con motivo del cumplimiento de la obligación típica.

Esta obligación de seguridad es de resultado, y por lo tanto, apareja la responsabilidad objetiva de la prestadora. En consecuencia, demostrado por el

contratante damnificado que el perjuicio tuvo lugar durante la ejecución de la prestación principal por parte de su cocontratante, emerge una presunción de adecuación causal que deberá ser desvirtuada por este último, mediante la alegación y prueba de la fractura del nexo causal producida por la interferencia con eficacia genética de un hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, o por caso fortuito.

Claro está que esta prueba deberá ser valorada considerándose las circunstancias particulares de cada caso que se presente. Es decir, debe analizarse en cada caso concreto si se configura o no el casus invocado, determinándose según las particularidades del hecho acaecido la imprevisibilidad e inevitabilidad del perjuicio verificado.

Partiendo de esta plataforma teórica, comienzo por mencionar que no está discutido que en momentos en que el grupo familiar de la accionante estaba disfrutando de las instalaciones de la demandada, un perro mordió al hijo de la misma. Por lo tanto, pesa sobre la demandada, la carga de acreditar la invocada interrupción del nexo causal producida por el hecho de la víctima.

A fin de dilucidar si la demandada ha cumplido o no con tal carga, asigno importante relevancia convictiva a la declaración testimonial de Reinaldo Guardia; quien, refiriéndose a la distancia existente entre el lugar en que estaban los padres de Rafael y el lugar del hecho, dijo con marcada precisión que "*...la familia del menor estaba sentada al lado nuestro, o sea a la misma distancia que nosotros, diez, doce metros...*" (Ver fs. 221vta., resp. a la 2da. repreg., el entrecomillado es copia textual).

Doy preeminencia a la declaración del mencionado testigo Guardia por sobre la de la testigo Carolina Morán, ya que ésta, cuando se le preguntó por la distancia a la que estaban los padres de Rafael del lugar del hecho, respondió con menor precisión, que "*...serán treinta, cuarenta metros, es larga la estancia, no sé cómo ubicarme pero era alejada...*" (Ver fs. 201vta., resp. a la 3ra. preg. ampliat., el entrecomillado es copia textual).

Por último, descarto la fuerza convictiva de la declaración testimonial de Nelson Antonio Bustos; por un lado, por la inconsistencia de su respuesta a la pregunta

referida a la distancia existente entre el lugar del hecho y el lugar donde estaban los padres de Rafael; y por otro lado, por su condición de dependiente de la demandada.

Así es que, a la indicada pregunta, respondió que los padres del menor "*... por lo que decían ahí, muy cerca no estaban, yo calculo ochenta metros, porque no llegaron enseguida...*" (Ver fs. 199vta., resp. a la 5ta. preg. ampliat., el entrecomillado es copia textual); es decir, Bustos no vio donde estaban los padres de Rafael, sino que por dichos de terceros, dijo que no estaban muy cerca; y además, calculó que estaban a ochenta metros, por el tiempo que tardaron en llegar al lugar donde su hijo había sido atacado por el perro, pero sin precisar siquiera la extensión de dicho lapso.

Asimismo, no puede soslayarse que la circunstancia de que Bustos sea dependiente de la demandada, impone que la valoración de sus dichos se haga con suma estrictez, máxime que son discordantes con los emitidos por los restantes testigos (arts. 384, 439 y 456 C.P.C.).

Entonces, valorando la declaración de Reinaldo Guardia, tengo por acreditado que los padres de Rafael estaban a una distancia razonable del mismo, en un club en el que no debería haber estado un perro que pudiera agredirlo.

Por ello, no encuentro acreditada la fractura del nexo causal alegada por la demandada; y por lo tanto, se impone la recepción del agravio expuesto por la parte actora y la consiguiente modificación de la sentencia apelada, atribuyéndose a la demandada la responsabilidad total derivada del hecho de autos (art. 1.198 C. Civil).

Además, a mayor abundamiento, cabe señalar que dicha atribución total de responsabilidad no variaría aunque se considerara que la obligación tácita de seguridad a cargo de la demandada, fuera de medios y no de resultado.

Así lo entiendo, dado que, a través de la declaración testimonial de Nelson Antonio Bustos, quedó patentizada la falta de diligencia de la demandada para evitar daños a los asistentes a su complejo deportivo.

Es que este testigo, que desempeña sus labores en el complejo deportivo como dependiente de la demandada, declaró que "*...el chiquito venía jodiéndolo al perro, pasó por delante donde estábamos sentados en la mesa nosotros...lo venía*

molestando al perro, lo molestaba de atrás, pegándole de atrás..." (Ver fs. 199/vta., resps. a la 4ta. preg. y a la 1ra. preg. ampliat., el entrecomillado es copia textual); y finalmente, cuando se le preguntó si, al advertir que el menor molestaba al perro, hizo algo para evitarlo o para retirar al perro del predio, respondió que *"...en ese momento no..."* (Ver fs. 199vta., resp. a la 3ra. preg. ampliat., el entrecomillado es copia textual).

Es decir, pasando en limpio la declaración de este testigo propuesto por la demandada y dependiente de la misma, cabe tener por probado que el mismo estaba sentado con otras personas en las proximidades de una mesa, y desde allí vio que Rafael, de tres años de edad, estaba molestando al perro; pero, sin embargo, en ese momento no hizo nada para evitarlo, ni tampoco retiró al perro del lugar.

De este relato, emerge nítida la negligencia del empleado de la persona jurídica demandada en el cumplimiento de las medidas necesarias para evitar la permanencia del perro en el complejo deportivo, lo que desnuda el incumplimiento de la obligación tácita de seguridad a cargo de la empleadora (art. 512 C. Civil).

VIII- Así resueltos los agravios referidos a la atribución de responsabilidad, sigo con el tratamiento del agravio vertido por la parte actora referido al daño estético.

Afrontando tal tarea, anticipo que este agravio no puede prosperar, ya que no es cierto que la sentenciante de primera instancia haya omitido fijar la indemnización por los gastos derivados de una futura cirugía plástica reparadora para Rafael; puesto que las erogaciones derivadas de dicha intervención quirúrgica fueron previstas expresamente en rubro gastos médicos futuros, fijándose en tal concepto un importe que no fue objeto de crítica concreta y razonada alguna.

IX- En conclusión, por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: Modificar la sentencia apelada, atribuyendo a la demandada, la responsabilidad total derivada del hecho de autos, extendiéndose la condena a la citada en garantía; lo que impone que todas las indemnizaciones otorgadas sean debidas a la parte actora por el importe total en el que fueron fijadas, dejándose sin efecto la disminución de las mismas en el 50% (arts. 512, 1.198 C. Civil y 118 Ley 17.418).

Las costas de Alzada se imponen a la citada en garantía (art. 68 C.P.C.).

ASÍ LO VOTO.-

El Señor Juez Dr. Guardiola, aduciendo análogas razones dió su voto en igual sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION, EL Señor Juez Dr. Castro Durán, dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículo 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC-, Corresponde:

I)- Modificar la sentencia de fs. 241/248vta., atribuyendo a la demandada, la responsabilidad total derivada del hecho de autos y extendiéndose la condena a la citada en garantía; lo que impone que todas las indemnizaciones otorgadas sean debidas a la parte actora por el importe total en el que fueron fijadas, dejándose sin efecto la disminución de las mismas en el 50% (arts. 512, 1.198 C. Civil y 118 Ley 17.418).

II)- Las costas de Alzada se imponen a la citada en garantía (art. 68 C.P.C.), difiriéndose la regulación de honorarios correspondiente, para la oportunidad en que estén determinados los honorarios de primera instancia (art. 31 Ley 8904).

ASÍ LO VOTO.-

El Señor Juez Dr. Guardiola, aduciendo análogas razones dió su voto en igual sentido.-

Con lo que se dió por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí:

//NIN, (Bs. As.), 18 de Diciembre de 2014.

AUTOS Y VISTO:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del C.P.C.C.-, **se resuelve:**

I)- Modificar la sentencia de fs. 241/248vta., atribuyendo a la demandada, la responsabilidad total derivada del hecho de autos y extendiéndose la condena a la citada en garantía; lo que impone que todas las indemnizaciones otorgadas sean debidas a la parte actora por el importe total en el que fueron fijadas, dejándose sin efecto la disminución de las mismas en el 50% (arts. 512, 1.198 C. Civil y 118 Ley 17.418).

II)- Las costas de Alzada se imponen a la citada en garantía (art. 68 C.P.C.), difiriéndose la regulación de honorarios correspondiente, para la oportunidad en que estén determinados los honorarios de primera instancia (art. 31 Ley 8904).

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al Juzgado de Origen.-