En la ciudad de Rosario, a los 20 días del mes de Febrero de 2017, se reunieron en Acuerdo los Sres. Jueces de la Sala Tercera Integrada de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Dres. Mario E. Chaumet, Darío L. Cúneo y Edgar J. Baracat, para dictar sentencia en los caratulados: “MENDOZA, MARCELO FABIAN C/ CLUB ATLETICO FISHERTON S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” EXPTE. N° 319/2015 venidos del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil Y Comercial de la 14ta. Nominación de Rosario, en apelación de la sentencia N° 1635 de fecha 08 de Julio de 2015 obrante a fs. 318/325 y habiéndose efectuado el estudio de la causa, se resolvió plantear las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Es nula la sentencia recurrida?

SEGUNDA: ¿Es ella justa?

TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Efectuado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Dres. Cúneo, Chaumet y Baracat.

A la primera cuestión, dijo el Dr. Cúneo: El recurso de nulidad interpuesto no ha sido mantenido en esta instancia. Por ello y atento no advertir vicio sustancial que autorice la revisión de oficio, voto por la negativa.

A la misma cuestión, dijo el Dr. Chaumet: De conformidad con lo expuesto por el Sr. vocal preopinante, voto por la negativa.

A la segunda cuestión, dijo el Dr. Cúneo:La actora dentro de los autos caratulados “MENDOZA, MARCELO FABIAN C/ CLUB ATLETICO FISHERTON S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” se agravia de la sentencia del a-quo al considerar que “ninguna de las probanzas aportadas a la causa evidencia que el actor haya sufrido el perjuicio invocado en razón de defectos o pozos existentes en la cancha (más allá de que la existencia de los mismos se haya acreditado).”: lo que implica agraviarse también de que reconociendo como probado el mal estado de la ‘cancha, se haya inferido que el accidente tuvo cualquier otra causa.

Se agravia también de que se rechace la demanda en base a que “.siquiera hay certidumbre en las declaraciones practicadas en relación a cuál sería el pozo del cual se produjo la lesión ya que, al momento de describirlo, los dos testigos que lo hacen difieren en relación a su tamaño como a su profundidad.” y se agravia de que no se haya tenido en cuenta a que un pozo es pozo al fin, y que el tamaño del descripto por los testigos estimando medidas transcurrido el tiempo, explicaría un margen de error admisible.

Se agravia de que se cite jurisprudencia referida al juego de profesionales.

También dice agraviarse cuando se afirma que “.se evidencia claramente que el actor ha asumido el riesgo de desarrollar la actividad dentro del contexto descripto, no correspondiendo por tanto que, al generarse un daño (cuya relación de causalidad ni siquiera se ha acreditado), pretenda imputar la responsabilidad del mismo a un tercero” cuando surge claramente que la cancha estaba en mal estado de conservación; no teniendo en presente el contrato que implica entre Club y jugador a los fines del juego en cancha del primero, quien dice, cobra para la mantención de la misma.

Por ello se agravia que se lo haga responsable por el solo hecho de haberse sometido a jugar en ese campo en mal estado de conservación y que no se tomen en cuenta supuestos vicios ocultos a los que atribuye causar el perjuicio.

Cita a Mosset lturraspe, “Cuando el deportista, socio del club interviene en un partido, torneo etc. programado por la entidad, enfrentando a otro club, formando como integrante de uno de los equipos; bajo las ordenes de un entrenador o director técnico; sea que se cobre la entrada o sea un evento gratuito, existe una dependencia manifiesta; que el deportista se subordina voluntariamente a su club, recibiendo instrucciones, directivas, ordenes acerca de donde u como actuar. De allí, que los daños causados en tales eventos, comprometen la responsabilidad del comitente por sus hechos antijurídicos y dañosos (Mosset lturraspe, Jorge. “Responsabilidad de su Autor y de la Institución”, L.L.-1983-D-388).

Resalta que el pleito es sobre un accidente sufrido por un jugador de futbol en el torneo organizado por el Club demandado.

Afirma que éste debe responder, por culpa -factor de atribución subjetivo-, por negligencia, impericia e imprudencia del Club al organizar un evento y no tomar los recaudos suficientes para que el campo de juego se encuentre en óptimas condiciones.

Destaca en relación al factor de atribución objetivo:

a) El riesgo creado: La cancha en mal estado de conservación.

b) El riesgo provecho: El Club demandado lucró y obtuvo ganancias con la actividad del actor.

c) El deber de garantía: El demandado no aseguró la preservación de la integridad psicofísica de los jugadores de futbol, inclusive de mi mandante.

d) El deber de seguridad: El Club no protegió la incolumidad de las personas a su cargo.

Sintetiza diciendo que se agravia del rechazo efectuado por el juez de grado en el punto III del Resuelvo de la Sentencia N° 1635/2015; y no de lo resuelto en los puntos I II y IV de la misma.

Solicita se haga lugar a la acción incoada, con costas a la demandada, previa revocación de la sentencia apelada, con costas.

El Dr. Héctor Gallo, con el patrocinio letrado del Dr. Miguel del Castillo, contesta agravios, y expresa los propios, adhiriendo al recurso de apelación de la contraria (Art.367 CPCCSF) en relación al punto I y II de la Resolución. Nro. 1635 de fecha 08 de julio de 2015, en que se fallara:

A punto 1) hacer lugar al planteo nulificante interpuesto por la actora, con costas a la demandada y al punto 2) en cuanto declara la nulidad de la totalidad de las intervenciones del Dr. Miguel Del Castillo en las que actuara como profesional patrocinante desde fs. 150 en adelante, sin perjuicio de la validez del acto en el que haya intervenido la contraparte en razón de dicha intervención, con costas al mencionado profesional.

Pide se haga lugar a su recurso y se revoque la sentencia en cuanto fuera impugnada por su parte, con imposición de costas a la contraria.

En su primer agravio, achaca arbitrariedad a la sentencia recurrida por carencia de fundamento, apartarse de la norma legal e incorrecta valoración de los extremos invocados en autos por el actor.

Ello por cuanto el a-quo al sentenciar transcribe como la actora los artículos 31 y 42 del CPCC V el art. 1870 inc. 6 del CC para fundar su planteo de que si no se declaran nulos los actos procesales impugnados por esa parte, se estaría violentando su derecho de defensa.

Sostiene que tanto el art. 31 CPCCSF como el art 1870 del CC, así como el perjuicio a su derecho de defensa, no han formado parte de la minuta de alegato y que fue éste el medio por el cual afirma el a-quo que se trajeran las pretendidas nulidades al expediente (remite a fs. 292 y ss) en lo que dice yerra en cuanto fueron invocados por la actora recién en oportunidad de contestar traslado de extemporaneidad (remite a fs. 314).

En el alegato de fs. 292 dice, la actora se limitó a referir al artículo.42 del CPCC, sin justificar la existencia de perjuicio alguno en virtud de los actos que señalara.

Al apoyarse en el alegato dice que el a-quo ha fundado arbitrariamente su decisorio en una serie de argumentos no invocados por Ia parte actora en su pretendida impugnación, pues le otorgó dice, una doble instancia de fundamentación.

Afirma que yerra el a quo respecto al tratamiento que le otorga al planteo intentado por la contraria en su minuta de alegato acompañada en sobre cerrado y agregado al expediente de marras a fs. 304.

El alegato -presentado en sobre cerrado- debe limitarse a una evaluación sobre el mérito de las pruebas rendidas durante todo el proceso, mas no es medio procesal idóneo para plantear nulidades o ineficacias procesales, señala y dice que consecuentemente el juez de grado ha elaborado un incidente de nulidad que no fue planteado como tal, incorporando arbitrariamente fundamentos no invocados en forma.

Por si aún ello no bastara, en oportunidad de correr traslado sobre la cuestión planteada, el decreto de llamamiento de autos para sentencia se hallaba firme y consentido y cita: “toda nulidad por defecto de procedimiento queda subsanado si no se formula reclamo en la misma instancia que se originó, o si se consiente el llamamiento de autos, que tiene la virtualidad de purgar cualquier vicio, defecto o error del procedimiento.” C. Civ. C y Laboral Venado Tuerto 26/12/91 Biagorria Jorge Luis c/ Faldani Neumáticos y ot. s/ Demanda laboral. T. 60, J-398. Rep. Zeus, T. 10, pág. 809.

Consentido el decreto de llamamiento de autos para sentencia, el procedimiento se purga de cualquier vicio, defecto o error, finaliza indefectiblemente la etapa procesal para interponer planteos como los pretendidos por el actor, señala.La impugnación ha sido intentada por un medio procesal inadecuado y luego de consentidos todos y cada uno de los actos cuestionados siendo que el decreto de llamamiento de autos firme purga todos los vicios del procedimiento.

Es irrelevante, dice, que el planteo haya sido introducido en sobre cerrado temporalmente antes del llamamiento de autos firme.

Sostiene que se ha intentado ligeramente una impugnación extemporánea por un medio procesal no idóneo y asimismo ha consentido el decreto de llamamiento de autos, o que afirma debió ser analizada razonablemente en operatividad de los principios de conservación, trascendencia y preclusión y rechazada sin más por el a-quo.

Cita jurisprudencia: “Con la doctrina de arbitrariedad se tiende resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa”. (CS, noviembre 4 – 980, S. de M., M. E. c/ M., A. J.) L.L, 1981-B, 78).

En consecuencia se convence de que el Juez de Primera Instancia ha dictado una sentencia arbitraria e injusta, construida sobre la base un erróneo razonamiento lógico.

La sentencia dice se habría expedido en un incidente que no fue tal.

Señala como yerro arbitrario afirmar que corresponde desestimar el argumento vinculado con la extemporaneidad de presentación. A ello el a-quo dijo: “las pautas comunes sobre preclusión y consentimiento de los actos procesales no rige en cuestiones como las traídas a examen, donde puede verse afectado el orden público por una representación inexistente o presentación en juicio sin la debida representación.”

Al respecto, señala que no se trata de una representación defectuosa o inexistente. En efecto, la jurisprudencia invocada por el sentenciante refiere a casos de nulidad en virtud del artículo 42 CCPCCSF, no a la situación planteada en autos. Dice que el juez confunde dos situaciones:falta de firma de letrado y falta de firma de la patrocinada y aplica consecuentemente un criterio general de nulidades y orden público indiscriminadamente para distintos supuestos y consecuencias.

La LOPJ en su art. 386 in fine sanciona la falta de patrocinio al tener al escrito como no presentado, mas no sanciona expresamente a dicho acto procesal con nulidad por lo cual, siguiendo un razonamiento lógico una actuación que no es pasible de nulidad y no deberá ser analizada a la luz de los principios que rigen las nulidades. Invoca el artículo142 CPCCSF “ninguna actuación ni otro acto de procedimiento será declarado nulo si la ley no le ha impuesto expresamente esa sanción.” Por lo que en virtud del principio de legalidad, no existe nulidad sin un texto legal que expresamente la consagre.

Siente que sus argumentos desmoronan las bases sostenidas por el juez, en particular lo referido al rechazo de la extemporaneidad en razón del orden público y a la declaración de nulidad de todo lo actuado en consecuencia por irrazonable y arbitrario.

Sobre la afectación concreta que ha sufrido el orden público en el caso de marras dice, el a-quo sólo ha teorizado en abstracción del caso, donde ningún derecho habría visto vulnerado la actora quien tampoco lo individualizara pero sí convalidado, por lo cual decidir en contra de su postulación recursiva lo considera una violación al principio de defensa en juicio del demandado.Perjuicio que considera notorio por la consecuente nulidad de las actuaciones posteriores relacionadas al acto, sin que invocara perjuicio.

Se agravia del efecto nulificante del escrito de ofrecimiento de pruebas, acto que ha sido irrazonablemente declarado sin efecto bajo la incorrecta aplicación de la teoría de las nulidades, cuando en verdad se trata de un acto consentido, y cualquier vicio que podría haber existido se encuentra purgado por el propio decreto de llamamiento de autos firme y consentido, independientemente de que exista un planteo anterior por vía no idónea.

Achaca a la sentencia ser contradictoria, irrazonable y carecer de fundamento, apartarse de la norma legal e incoherente razonamiento de las normas citadas. Ello por cuanto el a-quo concluye la sentencia de la siguiente manera “atento no haberse subsanado el defecto de presentación ni dentro del plazo legal ni posteriormente ni en oportunidad de contestar el traslado de fs. 305, corresponde hacer afectivo los apercibimientos de ley, teniendo por no presentado el escrito de fs. 107/108, disponiendo su desglose y declarando por tanto nulos todos los actos probatorios producidos en razón de dicho ofrecimiento (esto es la absolución de posiciones del actor -vide fs. 147- así como las testimoniales obrantes a fs. 198, 201, 226, 227, 228 y 238), conforme lo dispuesto por el art. 129 CPCCSF.”

De lo transcripto se advierte que el a quo concluye erróneamente que los actos cuestionados son nulos porque siquiera han sido subsanados en ocasión del traslado de nulidad corrido a esta parte, dice.

Señala que, si bien el juzgador acierta en reconocer la posibilidad de subsanación, resulta errada, arbitraria e irrazonable su conclusión, puesto que, entiende el recurrente, ha sido voluntad de las partes ratificar lo actuado.

Respecto a la declaración de nulidad de los actos posteriores, – “fs. 147- así como las testimoniales obrantes a fs. 198, 201, 226, 227, 228 y 238), conforme lo dispuesto por el art.129 CPCyCSF” expresa que el sentenciarte analizó el tema bajo la teoría de las nulidades, y en consecuencia se expidió en un fallo arbitrario en contra de esa parte.

Dice contradictorio amparar la impugnación del acto en una protección ideal del orden público, y luego concluir que corresponde hacer efectivos los apercibimientos “atento no haberse subsanado el defecto de presentación ni dentro del plazo legal ni posteriormente ni en oportunidad de contestar el traslado de fs. 305”.

En conclusión, esa parte se agravia de una sentencia contradictoria e irrazonable, por cuanto en sus considerandos se invoca el amparo al orden público, y finalmente priva al acto de sus efectos como sanción ante la falta de subsanación, reitera que deviene irrazonable y arbitrario que un acto que no es pasible de ser declarado nulo, provoque la nulidad de los actos posteriores producidos en razón de éste

En segundo lugar, se agravia de la nulidad invocada en autos y orden público.

El Juez de grado, dice, no ha fundamentado debidamente su conclusión de que la conservación de los actos impugnados violaría el orden público y conllevaría una sentencia “inutiliter data”. En primer lugar, advierte que la jurisprudencia citada en relación a las nulidades procesales y particularmente a sentencias inutiliter data, ha sido ampliamente superada, por lo que deviene absurdo fundar su resolución en dicha jurisprudencia.

Cita jurisprudencia local “el fin del formalismo no es otro que asegurar la defensa en juicio de la persona y sus derechos, de donde resulta que el objeto y fin de las nulidades de procedimiento es el resguardo de una garantía constitucional. Por lo que deben limitarse estrictamente las nulidades al caso de indefensión. Lo que implica que no hay nulidades procesales absolutas, siendo todas convalidables.” C. Civ. y C Ros, Sala 1, 8/9/1987. Banco Unicor S.A s/quiebra. T. 50, R-104 (N° 11635). Rep. Zeus T. 8, pág. 892. “Donde hay indefensión, hay nulidad; sí no hay indefensión no hay nulidad.” C. Civ. y C.Ros, Sala IV, 16/09/1991. Filippelli, Daniel Antonio c/Fernández Vidal, Eladio s/ Juicio Ordinario -escrituración. Tº. 58. J-22. Rep. Zeus. T. 10, pág. 810.

Afirma que no existe ningún orden público vulnerado, habiendo sido todos los actos válidamente convalidados y agrega que la nulidad lo priva del derecho de defensa.

No deja de mencionar que en los considerandos, el a-quo hace especial referencia a que: “si bien la función de la nulidad no es asegurar la observancia de formas procesales sino que se cumplan los fines a ellas encomendadas por la ley, la que corresponde declarar en los presentes resulta de “orden público” pues el interés jurídico protegido es la “seguridad jurídica” y, además, porque la capacidad para estar en juicio en representación de otro, importa un presupuesto procesal y obsta a que el proceso tenga existencia jurídica y validez formal”.

Señala que dicha argumentación merece el mayor de los reproches, atento a que la misma ha soslayado lo dicho por la jurisprudencia en relación a las nulidades procesales y su posibilidad de convalidación y vuelve sobre la norma del 42 CPCCCSF.

Cita: “si bien el art. 42 in fine del CPCCSF es claro cuando dispone que “la ratificación de los actos realizados sin poder es inadmisible”, dicha norma colisiona con los arts. 1936 y 1058 del CC; además, no se concibe la nulidad por la nulidad misma. (art. 124 y sgtes. CPCCSF) y sigue diciendo: “el art. 42 in fine del CPCSF dispone que la ratificación de los actos realizados sin poder es inadmisible. No obstante, y atento a los arts. 1936 y 1058 CC, dicha interdicción queda desplazada, y máxime con el consentimiento de la contraparte” (del voto de la mayoría) C. Civ. y C. Rosario, Sala II, 14/12/1994, Movigas SRL c/ Brossa, Sergio y o. s/ejecutivo. T. 61. J-216, Rep. Zeus Tº 10, pág.759) “si no se acompañó el poder en la audiencia y la actora no hizo oposición a su actuación, no cabe hacer lugar a la nulidad impetrada” C. Civil, C. y Lab. Venado Tuerto (SF), 22/04/1992. Stizza, Juan Carlos Alberto c/ Prudens Medicina Privada y otros s/ demanda laboral-ley 7945. T. 59, R-32 (N° 13733). Rep. Zeus. T. 10, pág. 760.

En rigor de verdad, a la hora de fallar, dice el recurrente, el a-quo no reparó en los principios de trascendencia, preclusión y conservación de los actos procesales.

Insiste, la particularidad de la situación planteada en autos en relación a la falta de impugnación oportuna por la contraria; el consentimiento de la actora en actos conjuntos, y llamamiento de autos para sentencia firme y consentido, debieron haber llevado a concluir razonablemente al juez de grado que los actos procesales impugnados se trata de actos válidos y convalidados. Que, habiendo transcurrido las etapas procesales enunciadas, desprenderse que los actos puedan declararse nulos por la nulidad misma, colocando en desventaja a la demandada desestimado todo lo actuado por ella en los actos declarados nulos, convalidados por la contraria. Así, dice la sentencia no puede basarse únicamente en proteger al orden público en pos de la segundad jurídica, si ello implica la mayor indefensión de su parte por lo que se exige mayor rigor de apreciación.

En su tercer agravio, señala la arbitrariedad en cuanto a la imposición de costas a la demandada y al profesional actuante por carencia de fundamento, apartarse de la norma legal dice que es irrazonable aplicar el artículo 251 CPCCSF.Dice no explicarse cómo puede ser posible que ninguna relevancia jurídica pueda dársele a la falta de oportunidad en la impugnación de los actos consentidos considera que dicha inacción del actor no cabe sea amparada con la imposición en costas resuelta.

Destaca que en el alegato el actor no solicitó imposición de costas a su parte, sólo que entiende hace automática la imposición de costa s a la actora o por su orden. Sostiene que no es justo que se le carguen las costas del proceso.

Refiere que el a-quo no ha merituado las circunstancias del caso, imponiendo arbitrariamente las costas a su parte ya que le correspondían o a la actora o por su orden.

Asimismo se agravia a esta parte la imposición de costas al profesional, por cuanto el supuesto de costas al profesional estipulado en el art. 42 CPCCSF es aplicable en caso de que existiera un plazo otorgado por el juez para la presentación del poder o procura exigido, y el mismo no haya sido verificado en el plazo otorgado. En relación a ello, en el caso presentado en autos no resulta de aplicación la regla de imposición de costas operada, atento a que jamás el juez de grado otorgó un plazo para dicha presentación, no configurándose en consecuencia el supuesto invocado.

Concluye diciendo que: “En definitiva, el a quo basó su sentencia en un incidente de nulidad que no ha sido tal, utilizando argumentos no esgrimidos por la parte actora, soslayando completamente el efecto que posee el llamamiento de autos, e invocando el orden público para dejar así en desamparo derechos concretos de una de las partes litigantes.

Por lo tanto no deberá convalidarse la resolución del juez que previno en cuanto ordena hacer lugar al planteo nulificante interpuesto por la actora, con costas a la demandada y en cuanto declara la nulidad de la totalidad de las intervenciones del Dr. Miguel Del Castillo en las que actuara como profesional patrocinante desde fs.150 en adelante, sin perjuicio de la validez del acto en el que haya intervenido la contraparte en razón de dicha intervención, con costas al mencionado profesional, solicitando a Vuestro Excelentísimo Tribunal que admita los agravios expresados en el presente por mi parte, y en consecuencia revoque parcialmente la Sentencia N° 1635 de fecha 08 de julio de 2015, con costas a la contraria”.

La contraria contesta estos agravios y pide se rechace en su totalidad los planteos de nulidad interpuestos por la actora y que en su oportunidad dicte sentencia rechazando la demanda incoada por el Sr. Mendoza con expresa imposición de costas.

Señala que la actora acompaña su escrito de alegato de bien probado mediante cargo N° 3838 de fecha 15.05.2013 y entonces esbozó los siguientes argumentos: 1) “Que la demandada presenta escrito de ofrecimiento de pruebas con la omisión del debido patrocinio letrado.”; 2) La aplicación de apercibimientos por la omisión de demandada de acompañar documental (recibos).

Dice que se ha de tener en cuenta que el a-quo, a los fines de tomar su decisorio respecto a las nulidades planteadas por esta parte, ha argumentado que: “.Corresponde desestimar el argumento vinculado por la extemporaneidad de presentación.Ello, dado que (sin perjuicio de que el planteo se formula con anterioridad al llamamiento de autos) las pautas comunes sobre preclusión y consentimiento de los actos procesales no rige en cuestiones como las traídas a examen, donde puede verse afectado el orden público por una representación inexistente o presentación en juicio sin la debida representación.”

Destaca que en los considerandos se reseña los argumentos de las partes en relación a las nulidades planteadas y los hace partícipes de su decisorio, donde acertadamente fundamenta la sentencia en el orden público, y por ello “.en cuestiones de personería el orden público se ve afectado ante una representación inexistente o con defecto sustancial, fuera e éstos supuestos -rigen las pautas comunes sobre preclusión y consentimiento de los actos procesales (CCC Pleno, J 60-135). Asimismo señala que la falta o inexistencia de poder constituye un presupuesto procesal que hace a la validez misma del proceso y a la eficacia de la sentencia, revistiendo por ende el carácter de orden público (CCyC de Rosario, sala 2, LL-119-562, sala 3, Z 65R/35 y sala 4, JA 1998-1-síntesis).”

Dice no encontrar la falta de fundamento del juez de grado sino que por contrario, el mismo ha fundamentado el decisorio con la letra de la ley y la jurisprudencia imperante del caso.

Cuando la demandada se agravia resumiendo que “.de lo transcripto se advierte que el a-quo concluye erróneamente que los actos cuestionados son nulos porque siquiera han sido subsanados en ocasión del traslado de nulidad corrido a esta parte.” dice que interpreta mal las palabras del juez de grado quien está fundando su decisorio en la letra de la ley y el procedimiento; claramente el a quo manifiesta que se debe tener por no presentado el escrito de fs.107/108 (tal como apercibe nuestro ordenamiento) y consecuentemente se tiene por nulo el acto procesal probatorio que se produce en razón de ese escrito y no como el demandado pretende hacer ver.

El a quo no se contradice en sus dichos cuando manifiesta que no fue subsanado el defecto de presentación sino simplemente está haciendo alusión al plazo de 48 hs. al que se refiere el art. 319 de la LOPJ y o que la parte demandada tampoco ha tenido posteriores intentos de subsanación de defectos algunos.

Por todo ello dice que tampoco es veraz que el juez de grado confunda y mezcle diferente tipos de nulidades, ya que claramente las diferencia cuando dice:

“.En autos se advierte la ocurrencia de dos situaciones: 1) el escrito de ofrecimiento de prueba de la parte demandada de fs. 107/108 fue presentado sin firma de letrado, con la sola firma de la presidenta del club. y; 2) la actuación del Dr. Miguel del Castillo sin poder en numerosos actos procesales.”

“.Conforme lo expuesto, y a fin de dirimir el conflicto planteado en relación a la primer cuestión planteada.Asimismo, y yendo al segundo planteo ut supra referido, es principio general que la persona que se presenta en juicio por un derecho que no le es propio debe acompañar los documentos que acrediten el carácter invocado.”

Claro está que carece de sentido y fundamento todas y cada una de las aseveraciones vertidas por la demandada en su primer agravio.

2.- Como segundo agravio la demandada se queja de la falta de fundamento en su conclusión de que la conservación de los actos impugnados violaría el orden público y conllevaría una sentencia “inutiller data”. lo que es absolutamente falso, ya que el a quo se ha esmerado razonablemente en fundar tal aseveración, ya con sus consideraciones previas como lo manifestado posteriormente.

“.la persona que se presenta en juicio por un derecho que no le es propio debe acompañar los documentos que acrediten el carácter invocado, ya que en cuestiones de personería el orden público puede verse afectado en cuanto a que una representación defectuosa o inexistente pueda conducir a una sentencia “inutiliter data” (CCC Pleno, J 60-135). El art. 42 del CPCC expresamente veda la ratificación de los actos realizados sin poder. En consecuencia, la cuestión generada en la especie, sustentada en la inexistencia de poder, configura nulo lo actuado. Es que, si bien la función de la nulidad no es asegurar la observancia de formas procesales sino que se cumplan los fines a ellas encomendadas por la ley, la que corresponde declarar en los presentes resulta de “orden público” pues el interés jurídico protegido es la “seguridad jurídica”, y, además, porque la capacidad para estar en juicio en representación de otro, importa un presupuesto procesal y obsta a que el proceso tenga existencia jurídica y validez formal.” concluyendo el a quo con la certeza de que el Dr.Del Castillo nunca ha acercado al tribunal procura alguna que lo faculte a actuar en representación de la demandada.

Se pregunta refiriéndose a la indefensión invocada si ahora cualquier colega podrá presentarse ante un juez sin procura, fundando su falta de indefensión.

Sostiene que en autos no se está discutiendo la nulidad por la nulidad misma, se habla del orden público, de la seguridad jurídica, dos cuestiones que señala como pilares en nuestro procedimiento.

Consecuentemente dice, el segundo agravio de la demandada tampoco tiene asidero jurídico valorable.

3.- Finalmente se agravia la demandada en cuanto a la imposición de costas a la misma y al profesional actuante.

Al respecto dice que el razonamiento del a-quo fue absolutamente lógico, toda vez que se encuentra fundado y resuelto el dilema de las nulidades planteadas por esta parte y sentenciadas a favor de la misma, quien sí ha solicitado la imposición de costas a la demandada por lo que pide el rechazo de este agravio también.Anular significa dejar sin efecto una norma, sea esta general o particular, un acto o un contrato es decir que la norma, el acto o el contrato anulado queda incapacitado y desautorizado, sin producir efecto alguno, retrotrayéndose a la situación preexistente antes del dictado de la primera, la realización del segundo o la formalización del tercero.

Cuando la ley orgánica del poder judicial en su artículo 386 in fine dispone que un escrito presentado sin patrocinio, debe ser tenido como no presentado, está diciendo que, procesalmente, es lo mismo que si nunca hubiera sido agregado al expediente; es decir que su contenido queda privado de todo efecto y el iter procesal no se ve modificado en forma alguna por el texto, el que se considera inexistente.

Con esto estoy diciendo que declarar la nulidad del contenido del escrito presentado sin patrocinio o simplemente no tenerlo en cuenta como parte del expediente, no tiene entidad suficiente para modificar la situación procesal existente al momento de su presentación, la que no es considerada como tal; el resultado es el mismo e idéntico en ambos casos y lo mismo sucedería si expresamente, la ley aplicable al procedimiento ordenara el desglose del mismo.

No es entonces correcto afirmar que los escritos presentados sin patrocinio en autos, han sido irrazonablemente declarados sin efecto.

Podrá considerarse de algún modo incorrectamente aplicada la teoría de las nulidades encuadrando la cuestión en el código de procedimientos y no en la ley orgánica del poder judicial; pero de ninguna manera cabe la calificación de razonabilidad, o cualquier otra que implique una determinación arbitraria del juez a-quo.

En cuanto al argumento de que las actuaciones seguidas en función de aquellos escritos que debieron considerarse oportunamente como no presentados, deben ser consideradas actos procesales consentidos además publicados por el consentimiento ejecutorio de un llamado de autos para resolver.

Cierto es que el planteo anterior al dictado de este decreto purgatorio de las nulidades procesales ha sido hecho bajo la forma de alegato y acompañado en sobre cerrado, lo que provocaría la imposibilidad de su contestación hasta tanto el sobre no fuera abierto y puesto en conocimiento su contenido a la parte de recurrente.

Sin embargo, el acto de defensa del que se viera privado no es precisamente el planteamiento de motivos fundamentales y quizá de un incidente de nulidad del procedimiento contemplado por los artículos 124 y siguientes del código de procedimientos; sino que debió atacar, en forma abierta ley con protección del derecho de defensa plena dentro del procedimiento, la vía de revocatoria del decreto de autos exigiendo que en su lugar hubiera un pronunciamiento previo respecto de lo que sucedía procesalmente con los escritos presentados sin patrocinio y las actuaciones que eran su consecuencia, todo previa visita del expediente, cosa que no se hizo a tenor de las constancias obrantes en la causa.

Por esa vía hubiera obtenido el conocimiento por parte de la afectada, por sus insinuaciones efectuadas en sobre cerrado y por tanto, por reservado la Secretaría en tales condiciones, la contraria no podía tener acceso al contenido del texto contenido en dicho sobre.

En cambio, la introducción de la revocatoria del decreto de autos por parte interesada en la declaración de nulidades, hubiera determinado la necesidad de un traslado por los términos de ley, el trámite correspondiente y la consecuente posibilidad de ejercer en forma plena la defensa por parte de quien eventualmente podría haber incurrido en causales de nulidad respecto de sus presentaciones.

Cierto es que existe el llamado orden público procesal, pero entiendo que el a-quo lo invoca indebidamente declarando oficiosamente nulidades que no le fueron señaladas en tiempo y forma.

El buen orden procesal tiene por objeto que el procedimiento reglado efectivamente sea respetado y el respeto que imponen las leyes rituales no exceden, es el invocado orden público la calidad de instrumentos de los que puede valerse el juez para ejercitar sus facultades de director del proceso en tiempo y forma oportunos; pero de ninguna manera, ingresan este tipo de normas instrumentales al terreno que hace a la tutela de las garantíasconstitucionales.

En el caso, el ejercicio de la legítima defensa por parte de quien eventualmente habría cometido un error procesal; las leyes de fondo y sobre todo a aquellas de jerarquía superior no pueden verse descalificadas en nombre del rito.

Lo cierto es que, analizando la cuestión en abstracto, puede decirse que la privación de efectos y consecuencias de los escritos presentados sin patrocinio, considerados a la luz de la ley orgánica del poder judicial según el artículo 386 in fine hubiere arrojado un resultado para nada distinto al conseguido por vía del oficio al resolver en la sentencia del planteo nulificante presentado conjuntamente con el alegato.

También es cierto que tener una escrito por no presentado no equivale a proceder a su desglose; lo que corresponde es que se inicie el iter procesal sin tomar en consideración el escrito ni sus consecuencias o efectos procesales; este podía consistir un exceso sin justificación legal positiva que lo avale.Lo que no puede decirse es que las consecuencias de declarar la nulidad o tener por no presentado un escrito y dejar sin efectos al mismo, desechando sus consecuencias, porque se han producido en razón de tener en cuenta lo que no debió tenerse presente, sean distintas.

Por otro lado ha de tenerse en cuenta que las actuaciones habidas como consecuencia de los pedidos realizados en diligencia por el doctor Castillo, fueron proveídos todos de conformidad y consentidos por la otra parte quien participó de los actos probatorios (audiencias, siendo que éstos eran los momentos oportunos para resaltar el defecto que dice haber constatado, sin decir nada al respecto); siendo que instancias del mencionado profesional se llevaron adelante distintas actuaciones testimoniales no tenidos en consideración por el a-quo al momento de fallar y, como se dijo nunca fueron atacadas de manera tal de permitir una amplia defensa, con anterioridad al consentimiento del dictado de autos.

La presencia del doctor Castillo representando a la parte en las distintas audiencias testimoniales jamás fue cuestionada por ninguno de los presentes

Al respecto cabe hacer notar que el decreto de autos está dictado con anterioridad a otro decreto que es el que ordena la aireación de los alegatos al expediente y se produce recién luego, el dictado de la providencia que motiva a los cuestionamientos procesales que o y convocan la atención de ésta alzaba.

Dicho decreto editado por el oficio y el cuestionamiento tal decreto, obviamente, es posterior pero, como se dijera antes no es precisamente que no se sostiene tal declaración de nulidad quien cuestiona la providencia.Obviamente, por su parte perjudicada por la misma, en su contraria quien nunca antes se encontraba legitimada por perjuicio alguno en su contra para hacer cuestionamientos de ningún tipo.

Por otra parte, ya se señaló que el decreto en cuestión es oficioso y la parte que pretende beneficiarse con las nulidades decretadas por el a-quo no ha señalado en su presentación posterior un concreto gravamen o perjuicio que la haya afectado directamente y que haya tenido directa incidencia en el resultado del pleito.

Juzgo que estos argumentos resultan suficientes a los fines de determinar que la manera de decidir parte del a-quo, en cuanto al resultado de privar de efectos a las presentaciones realizadas sin patrocinio, deviene en consecuencias adecuadas a las circunstancias de la causa sin que se justifique ni revocar ni modificar el decisorio en este aspecto.

Si entiendo corresponde tomar en consideración las circunstancias procesales devenidas en el transcurso de la causa y el desarrollo que tuviera la misma.

Como se dijo ninguna objeción opuso la defensora de la nulidad oficiosa a la presencia del abogado Castillo en representación de la actora en las distintas testimoniales tomadas; la nulidad que pretende defender no ha sido dictada a su instancia, tampoco el decreto nulificatorio impone costas; no se ha invocado perjuicio en el sentido explicitado supra, para que puede entenderse que la parte actora no ha contribuido, con su inacción temporánea, a que fuera necesario que se produjera el incidente posterior al decreto de oficio.Por ello es que a mi criterio debe ser atendido el agravio relativo a las costas en la proporción en que le fueron impuestas al profesional actuante sin haber acreditado la representación tolerada por su contraria.

En este aspecto me pronuncio favorablemente a que las costas sean distribuidas en el orden causado.

En el caso corresponde detenerse en que la responsabilidad del Club demandado en tanto organizador de un torneo en cuanto esta organización en particular no es la misma que la de un espectáculo deportivo, actividad que la institución demandada no realizó en forma empresarial.

Que no se trate de espectáculo deportivo, sino del esparcimiento propio de una actividad deportiva que se asume por placer y en tanto juego, práctica del deporte como juego, ocupa parte importante de la vida contemporánea, lo que obliga a considerar también como característica de esa actividad los riesgos que genera cada deporte en la mecánica de su práctica y que son más que frecuentes.

Ello hace que en principio, cuando se produce alguna lesión derivada de ese riesgo propio de la actividad, no haya obligación de reparar, la que si existiría cuando el mismo hecho se produce fuera del juego (en este sentido ver: CCC. San Martín, c. 50741, RSD 129-2, JUBA 7, sum. B2002209). El jugador o participante en el juego, competencia o deporte asume y contribuye a crear el riesgo, los jugadores intervinientes voluntarios en la competencia aceptan y se exponen a los riesgos y contingencias del juego.Es en parte y primordialmente por ello que en los accidentes deportivos el principio es la irresponsabilidad del jugador, si se trata de un deporte autorizado, salvo que el daño se cause con dolo o violación de las reglas de juego y notoria imprudencia o torpeza.

Es necesario distinguir, por una parte, los daños sufridos por un participante o espectador, como consecuencia de malas condiciones edilicias o de seguridad del ámbito donde se desarrolla la actividad deportiva y por otra, los accidentes que provienen del desarrollo mismo del deporte o de la utilización de las propias habilidades al ejecutarse maniobras que el deporte mismo suele exigir como respuestas refleja e inmediata frente a situaciones aleatorias resultantes del juego o deporte.

Ya sea ejercicio físico o deporte, el someter a músculos y articulaciones a un esfuerzo intenso que requiera levantamiento de cargas, carreras, saltos, giros, gran solicitación de la acción de músculos y articulaciones, riesgo de caídas, golpes y otros riesgos hace que el ejercicio físico sea un importante generador de lesiones.

En el ejercicio activo de un deporte la posibilidad de que una lesión se produzca tiene varios factores, los cuales pueden clasificarse en internos (relacionados con el deportista) y externos (relacionados con el ambiente), pudiendo aceptarse una diferenciación entre aquéllos que resultan modificables y aquéllos no modificables.

Algunos pueden ser modificados mediante un adecuado plan de entrenamiento, como la fue rza, el equilibrio o la flexibilidad.

Dentro de los factores internos (relacionados con el ejercitante de la actividad deportiva) a considerar están la edad, el sexo, la composición corporal, el estado de salud en general, la condición física, la nutrición, la existencia o no de enfermedades metabólicas, el uso o no de fármacos, la aptitud técnica, la coordinación, la mente; pero también juegan factores externos relacionados con el ambiente como el equipamiento, el lugar de entrenamiento o práctica, el entorno; todos estos factores inciden en que quien practica determinada actividad deportiva pueda o no se más o menos propenso a sufrir lesionesderivadas de esa actividad o práctica.

Las posibilidades de padecer lesiones deportivas pueden derivar de uno o de múltiples factores. Sin embargo, el ejercicio físico y/o de una actividad deportiva es, por lo general saludable y suele recomendarse alguna actividad en particular para la prevención de muchas patologías o como tratamiento de ellas.

No cabe olvidar tampoco que este tipo de actividades someten al organismo a estrés, y está implícito en todo ejercicio físico un aumento del riesgo de sufrir lesiones, ya sean esguinces, traumatismos, roturas musculares o ligamentosas

En síntesis, el ejercicio físico es saludable en cierta medida, que previene y cura muchos males, pero también expone a sufrir otros y no puede descartarse nunca los riesgos que se asumen al practicar dichas actividades ya que el ejercicio físico y la actividad deportiva predisponen a un mayor riesgo de padecer lesiones.

El sentido común debe ir siempre con nosotros a la hora de prevenir lesiones, ya que existen muchas formas sencillas de reducir el riesgo a una lesión deportiva; entre ellas y a modo de ejemplo, entrenamiento adecuado, pulir la técnica, cuida tu postura, no ignorar los avisos (dolor, cansancio exagerado, calambres, pinchazos) entre otros.

Es necesario distinguir, por una parte, los daños sufridos por un participante o espectador, como consecuencia de malas condiciones edilicias o de seguridad del ámbito donde se desarrolla la actividad deportiva y por otra, los accidentes que provienen del desarrollo mismo del deporte.

Los deportistas deben hacerse cargo de los daños que resulten de su obrar culposo, así la intervención de una actividad deportiva no puede ser esgrimido como una pantalla o justificativo para excusar al participante temeraria o manifiestamente imprudente. El demandante debió actuar con máximo cuidado ante la posible existencia de instalaciones deficientes.

La entidad organizadora de un evento deportivo está sujeta a la “obligación tácita de seguridad”, como accesoria de la de exhibición o espectáculo, que le impone una responsabilidad objetiva; lo cual excluye la culpa como elemento de imputabilidad.Esta obligación de seguridad es una “obligación de resultado”, cuyo contenido es la indemnidad o incolumidad de los participantes y comprende los sucesos ocurridos antes, durante y después de concluido el entretenimiento. Ello implica que la institución asume la obligación de garantizar seguridad. Tiene el “deber” de tomar todas las “medidas necesarias” para que el espectáculo se desarrolle normalmente, sin peligro para el público y los participantes, circunstancia ésta que representa una proyección del deber de previsión general a su cargo (CCC. Lomas de Zamora, sala II, 28/10/1993, Costa, Mario P. c. Club Social y Deportivo Escalada Villegas y otro, LLBA 1994, 455; L.L.Online: AR/JUR/2429/1993).

No puede responsabilizarse al establecimiento por la circunstancia omisiva de no haber cubierto debidamente el adecuado mantenimiento de la cancha en que se desarrollaba el evento deportivo en tanto y en cuanto no se haya acreditado en autos que tal omisión guarde relación causal adecuada con el daño probado.

También ha de tenerse presente que no existe legalmente establecida, a priori, una presunción de causalidad de las cosas inertes como instrumentos del daño, Corte Suprema, 19-11-91, “O’Mill c/ Prov.Neuquén”, Fallos, 314:1505).

Destacadas estas diferencias su aplicación al caso tienen importancia en tanto y en cuanto debe siempre existir, entre el acto de imprudencia, culpa o dolo del deportista o del incumplimiento de alguna de las obligaciones correspondientes a la entidad organizadora del torneo en que se produjera el suceso dañoso, un nexo de causalidad que resulte adecuado para vincular a uno como causa del otro.

En el caso es este nexo de causalidad lo que no ha sido debidamente acreditado con entidad convictiva de certeza que, la existencia de pozos en la cancha en que se desarrollaba un partido de fútbol fuera el motivo o causa de la caída sufrida por el jugador demandante.

Recuérdese que la carga de la prueba de la relación de causalidad entre el factor productor del daño y éste, corresponde al actor quien tiene que probar cuando menos la conexión física o material entre el la fuente del daño y, previamente la existencia del invocado daño; y que para determinar la responsabilidad del imputado y la medida de su obligación de resarcir, debe acreditarse entre otros requisitos, la relación de causalidad entre el ilícito atribuido y la certeza del daño que efectivamente afecta en forma personal al requirente.

La relación de causa a efecto cumple una doble función a saber: a) es un elemento para imputar física o materialmente el daño al sujeto y dejar al descubierto la existencia de “autoría”; b) sirve para mensurar la extensión de la reparación sobre la base de la previsibilidad “abstracta” o “pronóstico objetivo” que tipifican la causalidad adecuada (“prognosis póstuma”, arts. 901, 903/906 y concs. CCNCiv., Sala D, 12/11/91, Onorato, Jorge S. y ‘,Otros c.Caro, Walter, JA, 1992-IV-322, síntesis.)

Ese ha sido el principal fundamento del a-quo al resolver en primera instancia el fondo de la cuestión.

Analizó las testimoniales rendidas y mencionó también que “ninguno de los testigos ha podido ratificar los dichos del actor en el sentido de que el daño sufrido se debió a que introdujo el pie en uno de esos pozos:

a) el Sr. Migueles (vide fs. 147 vta. y ss.) señala que se encontraba a 8 o 10 metros del actor, admite que vio cuando se cayó, pero que no le consta que cayó por pisar un pozo, que sólo es una creencia ya que al acercarse había un pozo cerca. Pozo que describe como de unos 20 centímetros de ancho y 12 de profundidad;

b) el Sr. Cardozo manifiesta que jugaba como defensor, que lo vio cuando estaba revolcado y que se encontraba lejos de la jugada y que no vio cuando pisó el pozo, circunstancia que le comentó el propio actor;

c) finalmente, el Sr. Rosales destaca estar cerca del actor al momento que se lesionara, que cuando van a buscar una pelota ve que cae y luego vieron que había un pozo, que el mismo era del tamaño de una mano y de unos 2 o 3 centímetros de profundidad.Señala que vio que se le trababa la punta del pie con el suelo.

Conforme lo reseñado me permito concluir que ninguna de las probanzas aportadas a la causa evidencia que el actor haya sufrido el perjuicio invocado en razón de defectos o pozos existentes en la cancha (más allá de que la existencia de los mismos se haya acreditado), debiendo ponderarse que son numerosos los factores que pueden haber llevado a que sufra la lesión acaecida (verbigracia un mal movimiento, un esfuerzo excesivo, etc.)”.

En cuanto al estado de la cancha fue una circunstancia también analizada y dijo que dicho elemento conlleva a ratificar la decisión tomada.

Afirmó que “.es que, si efectivamente la misma se encontraba en tan malas condiciones (lo que se podría admitir como acreditado a través de las testimoniales producidas), no es un dato menor a ponderar que el actor ingresó al campo de juego por propia voluntad, teniendo pleno y cabal conocimiento de las condiciones del mismo (ya que los testigos describieron como evidente el mal estado de la misma) y asumiendo, por tanto, el riesgo que la práctica de ese deporte amateur en dichas condiciones conllevaba.

Se ha destacado en este sentido que, en el caso de futbolistas profesionales, el hecho de someterse a jugar en un campo defectuoso no puede implicar un eximente de responsabilidad ya que el futbolista profesional no puede abstenerse de prestar sus servicios (Márquez, José Fernando y Calderón, Maximiliano Rafael; “Daños sufridos por el futbolista profesional” en Revista de Derecho de Daños, “Daño Deportivo”, 2010 – 2, Ed. Rubinzal Culzoni, p.136). A contrario sensu, el jugador amateur, al advertir la circunstancia en que se encuentra el campo de terrero tiene la libertad y autonomía suficiente como para negarse a desarrollar la actividad deportiva programada”.

Es la cita criticada por la apelante por remitir a un caso de intervención de un profesional y dice que resulta inaplicable al caso; es precisamente lo que aclara el a-quo en su sentencia, ergo no se entiende que pueda existir agravio alguno tal como fuera expresado.

“Atento lo señalado, se evidencia claramente que el actor ha asumido el riesgo de desarrollar la actividad dentro del contexto descripto, no correspondiendo por tanto que, al generarse un daño (cuya relación de causalidad ni siquiera se ha acreditado), pretenda imputar la responsabilidad del mismo a un tercero.

Finalmente, y dadas las conclusiones vertidas precedentemente, deviene abstracto el análisis de los daños reclamados”.

Es por ello que los agravios de la parte actora no alcanzan a superar los argumentos del sentenciante anterior y, al no superarlos, el remedio recursivo intentado no puede tener acogida favorable.

A la misma cuestión, dijo el Dr. Chaumet: Adhiero en lo sustancial a los argumentos expuestos por el Dr. Cúneo, y en tal sentido voto.

A la tercera cuestión, dijo el Dr. Cúneo: Corresponde: 1. Hacer lugar parcialmente al recurso intentado por la parte demandada en materia de costas, las que en primera y segunda instancia se impondrán en el orden causado, pero confirmando lo resuelto por el sentencia nte de Primera Instancia materia de efectos de las peticiones relativas a falta de patrocinio y acreditación de representación. 2. No hacer lugar al recurso intentado por la actora en cuanto al fondo de la cuestión debatida. 3. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el 50% de los que, en definitiva, resulten regulados en primera instancia.

A la misma cuestión, dijo el Dr. Chaumet: El pronunciamiento que corresponde dictar en los presentes autos, es el que formula el Dr. Cúneo. En tal sentido voto.

Seguidamente, dijo el Dr. Baracat:Habiendo tomado conocimiento de los autos, y advirtiendo la existencia de dos votos coincidentes que en lo sustancial hacen sentencia válida, me abstengo de emitir opinión (art. 26 ley 10.160).

Con lo que terminó el Acuerdo, y atento sus fundamentos y conclusiones, la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, integrada;

RESUELVE: 1. Hacer lugar parcialmente al recurso intentado por la parte demandada en materia de costas, las que en primera y segunda instancia se impondrán en el orden causado, pero confirmando lo resuelto por el sentenciante de Primera Instancia materia de efectos de las peticiones relativas a falta de patrocinio y acreditación de representación. 2. No hacer lugar al recurso intentado por la actora en cuanto al fondo de la cuestión debatida. 3. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el 50% de los que, en definitiva, resulten regulados en primera instancia.

Insértese, hágase saber, bajen y déjese nota marginal de esta resolución en el protocolo del juzgado de origen. (“MENDOZA, MARCELO FABIAN C/ CLUB ATLETICO FISHERTON S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” EXPTE. N° 319/2015).

CÚNEO

CHAUMET

(Art. 26 L.O.P.J.)

BARACAT

SABRINA CAMPBELL

(Secretaria)