

NEUQUEN, 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SA. R. A.C/ L.

W. A. S/ D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES" (JNQC14 EXP 506159/2014) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- En hojas 421/428 vta. se dictó sentencia de primera instancia, por medio de la cual la Sra. Jueza interviniente rechazó la acción de daños iniciada, con costas.

Contra este pronunciamiento, se alzó la parte actora, argumentando que medió violación del régimen tuitivo de defensa del consumidor y errónea interpretación de los hechos y prueba arrojada a la causa.

Luego de citar las normas de la Ley de Defensa al Consumidor, Constitución Nacional y Pactos Internacionales que entiende aplicables, señala que en esta materia rigen las cargas probatorias dinámicas y que era la demandada quien debió haber puesto a disposición de la causa la máquina en vez de retirarla del gimnasio.

Esgrime que, independientemente del ejercicio que su parte estuviera haciendo, evidentemente la máquina carecía de elementos de seguridad adecuados, de lo contrario, jamás pudo caerse como si fuera una guillotina.

Añade que el ejercicio de elongación que hizo Sarmiento es de práctica habitual; es decir, previsible y normal como cataloga la ley de Defensa del Consumidor. Y si funcionan las medidas de seguridad, la barra nunca cae abruptamente, por cuanto los rieles cuentan con distintos topes que provocan que la barra quede trabada en el tope más próximo, evitando cualquier daño.

Afirma que esta medida de seguridad evidentemente falló.

Concluye que evidentemente la máquina contenía algún defecto que provocó que la barra cayera abruptamente, con independencia de que se tratara de un ejercicio de fuerza o elongación.

Conferido el traslado del recurso interpuesto, fue contestado por la demandada y citada, quienes solicitaron el rechazo de la impugnación.

2.- Entiendo que recurso resulta procedente.

Coincido con el apelante, en punto a que el hecho debe analizarse desde la óptica del régimen tuitivo de Defensa del Consumidor, en tanto el damnificado se encontraba ligado con la accionada por una relación de consumo.

En lo que aquí interesa, cabe recordar que art. 42 de la Constitución Nacional prevé respecto de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo, el derecho a la protección de su salud y seguridad, y también a una información adecuada y veraz.

La responsabilidad basada en el deber de seguridad que recae en cabeza de los

proveedores de bienes o servicios, se encuentra prescripta en los arts, 5º, 6º y 40 de la ley 24.240.

No cabe duda de que la relación entre el establecimiento y quien transita dentro del lugar y utiliza sus instalaciones es la de un usuario involucrado en una típica relación de consumo. En dicha relación de consumo, la obligación de seguridad se impone con especial fuerza. En el derecho de consumo la obligación de seguridad tiene una orientación tutelar preferente dirigida al consumidor o usuario como destinatario.

El deber de custodia que recae sobre el proveedor, abarca prestaciones tales como la vigilancia permanente, la remoción inmediata de obstáculos o elementos extraños, y toda otra medida que dentro del deber de custodia pueda haber a los efectos de resguardar la seguridad, la estructura y fluidez de la circulación (conf. CNCiv, Sala K, "R., S. A. c. Parque de la Costa SA y otro s/ daños y perjuicios", 22/05/2018, Cita Online: AR/JUR/25471/2018 CNCiv., Sala "G", L. 324.940, in re, "J., C. c. Carrefour Argentina SA s/ daños y perjuicios" del 13/05/2002; id., Sala "E", L. 431.848, in re, "T., M. O. c. Supermercado Ekono SA s/ daños y perjuicios" del 13/09/2005, entre otros).

En aplicación del marco protectorio del consumidor se ha sostenido que cuando las personas sufren daños en el ámbito de una relación de consumo, rige una presunción de responsabilidad respecto del proveedor de bienes o servicios, derivada de la obligación de seguridad establecida por el art. 42 de la Constitución de la Nación y por los arts. 5, 40 y concordantes de la ley 24.240 (cfr. CACiv.Com. de San Isidro. "Gutierrez c/COTO s/DyP" causa nº d-2699-7, 27/10/14).

Así, quien organiza una actividad y aprovecha de la misma económicamente, debe asumir los riesgos; como consecuencia se le impone al organizador la obligación de indemnidad personal y patrimonial de los consumidores (Gherzi, Carlos, "Teoría general de la reparación de daños", p. 206 y ss.). Efectivamente, en la sociedad de consumo la prestación de servicios y la derivación al mercado de bienes debe ser con absoluta seguridad, pues no pueden derivarse riesgos y daños a los consumidores. ...Si permitimos que las empresas no inviertan en seguridad o inviertan deficientemente, a los solos efectos de cumplir en sus balances con un mínimo de asignación de recursos económicos para seguridad, estaremos trasladando los riesgos de los bienes y servicios (independientemente de su contenido) a los usuarios, consumidores y el mercado mismo, lo cual es inaceptable si entendemos que el art. 51 del cód. civil y comercial sostiene que la persona humana es inviolable y el art. 17 de la CN determina la inviolabilidad de la propiedad privada. Salvo que todo sea simplemente un marketing (aut. cit, "El derecho del consumo. La obligación de seguridad. La reparación de daños", ED 271-7).

Al respecto se ha resuelto que "... cuando una actividad riesgosa provoque un daño dentro de una relación de consumo, aun cuando no provenga del producto o

del servicio prestado sino de las modalidades con las que aquel se ofrezca o éste se cumpla, tendrá la peculiaridad de que, probada la relación de consumo y el daño ocurrido dentro de su ámbito, la presunción será de que se ha visto incumplida en su totalidad la obligación de seguridad impuesta constitucional y legalmente. 'El incumplimiento de la obligación de seguridad, establecida en el artículo 5 de la ley 24240 tendrá en todos los casos carácter de incumplimiento absoluto, puesto que la conducta debida por el proveedor en virtud de aquella es precisamente mantener indemne al acreedor – consumidor- de cualquier daño que derive de la lesión a un bien distinto al que constituye el específico objeto del contrato. Esta obligación es de carácter objetivo, por cuanto el resultado, que es el daño, es suficiente para crear la responsabilidad. El factor de atribución es la garantía de indemnidad que pesa sobre el proveedor" (cfr. Rinesi, El riesgo en la relación de consumo" en Revista de Derecho de Daños 2007-I "Creación del riesgo II", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 97; mencionada en causa "ZRY c/ MSA s/ daños y perjuicios", antes cit.). Y en relación a los gimnasios, se ha sostenido: "Debido a la relación de consumo entre quien se halla en las instalaciones de un gimnasio- pagando una cuota mensual por el servicio que se ofrece- y la empresa que lo explota comercialmente, se deriva un deber accesorio de seguridad, que configura un factor objetivo de atribución de responsabilidad por los daños allí sufridos y en virtud de este factor, la encartada debería responder, en principio, por los daños y perjuicios sufridos" (CNCiv, Sala B, "B.P.A. c. P.I. G. y otros s/DyP", MJ-JU-M-102585-AR | MJJ102585 | MJJ102585, fallo citado también por la jueza de grado).

Con acierto se sentenció que el "deber de seguridad" consagrado en la ley 24.240 —como así también en el Artículo 42 de la Constitución Nacional- es de cumplimiento primordial en lo que hace a las instalaciones que la empresa demandada utiliza para el desarrollo de su negocio (SCMendoza, Sala I, 26/07/2002, "Bloise de Tocchi, Cristina Y. c. Supermercado Makro S.A.", LLGran Cuyo2002, 726, AR/JUR/505/2002).

En el mismo sentido al expuesto se expresó la doctrina, que señaló que el texto constitucional adopta esta expresión (relación de consumo) para "referirse, con una visión más amplia, a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios" (Farina, Juan M., "Relación de consumo (a propósito del art. 42 de la Constitución Nacional", JA 1995-I, p. 886 y ss). Por otro lado, este enfoque amplio es el que adoptó la Corte Federal, al establecer que "...el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales. Que no cabe interpretar que la protección de seguridad —prevista en el art. 42 de la Constitución Nacional- tenga un propósito meramente declarativo, sino que, por el contrario, es correcta la

hermenéutica orientada hacia el goce directo y efectivo por parte de sus titulares..." (CSJN, 6/3/2007, "Mosca, Hugo Arnaldo c. Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", considerando 7mo, M.802.XXXV).

En consecuencia, debido a esta "relación de consumo" entre quien se halla en las instalaciones del local y la empresa que lo explota comercialmente, se deriva un deber accesorio de seguridad, que configura un factor objetivo de atribución de responsabilidad por los daños allí sufridos.

2.2.- Así las cosas, para repeler la acción intentada en su contra, la empresa tenía que haber acreditado algún eximente que la libere de responsabilidad; concretamente, un quiebre en el nexo de causalidad necesario para la existencia de una obligación de responder. Ello debe ser de la manera indicada, pues resulta inconcebible que la obligación de seguridad opere de modo absoluto, obstando la acreditación de eximentes.

Téngase presente que el factor objetivo de atribución solo provoca un desplazamiento de la carga de la prueba; a tal punto que, con su vigencia, acontece una presunción de responsabilidad del comprometido por ese deber, pero de ningún modo impide desvirtuarla colectando en la causa los elementos idóneos a tal fin (cfr. CNA.Civ, Sala B, "S., S. M. c. Coto Cicsa y otros s/ daños y perjuicios", 14/08/2015, Cita Online: AR/JUR/28769/2015).

Por lo tanto, dada esta obligación de seguridad, no coincido con la jueza de grado en cuanto a que correspondía a al actor acreditar el vicio o riesgo del elemento utilizado (esto es, la máquina de musculación) para poder responsabilizar al dueño del gimnasio. Bastaba con comprobar que se han producido diversos daños y perjuicios dentro del establecimiento para que se invierta la carga probatoria; precisamente por el deber de seguridad que antes apunté (cfr. argumentos fallo antes citado).

Ahora bien, a los efectos de acreditar la ruptura del nexo causal, la demandada ha ensayado en su responde un argumento referido a la culpa de la víctima en la producción del siniestro. Puntualmente, alegó que el actor se encontraba realizando una maniobra de elongación que no estaba permitido efectuar en esa máquina, la cual no estaba destinada a tal fin.

Por su parte, el actor sostuvo que el desprendimiento de la barra se debió a las deficientes condiciones de seguridad o mantenimiento de la máquina. También señaló que ésta fue retirada del gimnasio sustituyéndola por una nueva.

2.3.- Según prescribe el art. 53 LDC, "...los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio".

He dicho al respecto: "Esto no implica –debo inicialmente aclarar- que adhiera y sostenga que el caso se rigiera por las llamadas "cargas probatorias dinámicas", sino que entiendo que no podría descartarse la incidencia del

principio de colaboración (art. 53 de la ley 24240, modificada por ley N° 26.361).

En este punto, entiendo pertinente traer a colación la distinción efectuada por Gianinni entre las “cargas probatorias dinámicas” y el principio de colaboración, en cuanto indica:

“...la teoría de las cargas dinámicas, sintéticamente expresada, implica poner en cabeza de quien está en mejores condiciones de probar determinados hechos, la carga de hacerlo (dejemos por ahora de lado en qué condiciones, usualmente calificadas como excepcionales, corresponde aplicar esta doctrina).

b) Por la otra, el principio de colaboración, en su consecuencia procesal más notable en el ámbito de la prueba, conlleva a la posibilidad de extraer indicios (o "argumentos de prueba") derivados de la omisión de aportar elementos de juicio razonablemente disponibles para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (conf. art. 163, inc. 5, CPCN)...

Puede ocurrir que entre las dos partes sea posible medir cuál de ellas se encuentra en mejores condiciones de probar (pesando así indefectiblemente sobre sus espaldas las consecuencias de la incertidumbre si acudiéramos a la "teoría de las cargas dinámicas") pero que, aun aplicando sus mejores esfuerzos (razonablemente evaluados), no llegue a convencer al judicante respecto de su tesis sobre los hechos. Así puede suceder —para acudir a un ejemplo frecuente— que en un juicio de mala praxis el médico accionado haya cumplido acabadamente con su carga de colaboración en el proceso, afirmando el modo en que los hechos sucedieron (es decir, sin ampararse en una mera negativa vacía de contenido), aportando en la litis la totalidad de los medios razonablemente disponibles para sustentar su postura ... y aun así no lograr la convicción del juez.

En este último caso, a diferencia del anterior, se advierte claramente la incidencia de una buena conceptualización de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba y su distinción respecto de la influencia del principio de colaboración en el proceso. Así, si en el ejemplo citado aplicáramos la primera institución, debería acogerse la pretensión ante la ausencia de prueba porque, entre el paciente y el médico, es este último quien objetivamente se encuentra en mejores condiciones de probar. Por el contrario, si valoramos el caso sobre la base de las reglas tradicionales del art. 377 del CPCN (íd., 375, CPCBA) y acudimos, entre los elementos de convicción aportados en la especie, al principio de colaboración procesal, llegaremos a la conclusión opuesta (rechazo de la demanda) dado que: I) era el actor quien tenía la carga de probar los presupuestos fácticos de la impericia profesional; y II) el demandado cumplió adecuadamente con la carga de cooperar en el esclarecimiento de la verdad, sin ampararse en una mera negativa y aportando todos los elementos que razonablemente tenía a su disposición, por lo que no puede extraerse de su conducta indicio alguno.

La diferencia relevante entre ambas instituciones se exhibe así evidente y sus efectos prácticos son notables: mientras que en un caso (teoría de las "cargas dinámicas") nos encontramos ante una regla (más) de inversión de la carga de la prueba, en el otro (incumplimiento del postulado de colaboración) nos movemos en el campo de la valoración de la prueba, es decir, que aplicamos las pautas tradicionales de distribución del 'onus probandi' (vg., art. 377, CPCN), aunque teniendo en cuenta la conducta de los litigantes como indicio para estimar la suerte de la pretensión..." (cfr. Giannini, Leandro J. "Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba", Laleyonline)" (causa "MOLINA CECILIA RITA Y OTRO CONTRA HSBC ARGENTINA S.A. S/ D. Y P. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PARTICULARES", EXP Nº 419915/10).

En esta misma senda, más recientemente se ha dicho: "El art. 53 de la ley 24.240 obliga al proveedor a aportar al proceso todas las pruebas que se encuentren en su poder, conforme las características del bien o servicio, imponiéndole además una obligación adicional de carácter genérico: prestar la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. La solución responde a que la superioridad técnica (muchas veces acompañada por preeminencia económica) que detenta el proveedor, la cual le permite asimismo contar con cierta superioridad jurídica, redundando las más de las veces en un fácil acceso a extremos relevantes para liberarse de responsabilidad propia y/o para fundar la ajena.

De todos modos la figura ha sido materia de debate y se ha dicho que la norma no consagra la teoría de las cargas probatorias dinámicas, sino que pone en cabeza del proveedor el deber de aportar al proceso los elementos de prueba que se encuentren en su poder, pero no determina que recaer sobre él la carga de producir la prueba correspondiente. No se trataría por tanto de una inversión de la carga probatoria, sino de un deber de carácter agravado establecido en cabeza del proveedor" (QUAGLIA, Marcelo C. y RASCHETTI, Franco, "Inclusión de un consumidor en centrales de riesgo. Reparación de daños y mandato preventivo", LA LEY 15/03/2019 , 2).

En igual línea, la Corte Suprema de Santa Fe asevera "si bien la regla 'in dubio pro consumidor' consagrada en los arts. 3º y 37 de la Ley de Defensa del Consumidor atañe a la interpretación de la ley y del contrato y no a la valoración de la prueba de los presupuestos fácticos de la pretensión y, a su turno, el art. 53 de la misma ley no establece una inversión de la carga probatoria, sí se establece en cabeza del proveedor el deber de prestar la colaboración procesal necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio y, puntualmente, de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder conforme a las características del bien o servicio, cuyo incumplimiento podría acarrear un indicio en su contra según las circunstancias". (CS Santa Fe, 04/04/2017, "Belfer c. Electrónica Megatone", AyS 274-280/286).

Si traemos los desarrollos anteriores al caso analizado, tenemos que un análisis integral de los antecedentes determinan que quien explota el gimnasio, bien pudo acercarse al proceso prueba relativa a las características de la máquina multifuerza, a fin de constatar su correcto funcionamiento (vgr. manual de uso, pericia técnica).

Ello así, toda vez que conforme se corrobora con los testimonios de Zwenger y Bassi, la máquina tenía un sistema de topes que evitaban –o debían evitar- la caída brusca de la barra.

Tengo en cuenta asimismo, que la demandada negó haber quitado inmediatamente la máquina o haberla sustituido por una nueva, y negó también que ésta no contara con los elementos de seguridad adecuados.

En ese contexto, producido el daño, y conforme el deber de seguridad que se debía brindar al consumidor o usuario, entiendo que era la demandada quien podía razonablemente aportar prueba sobre las condiciones técnicas, y funcionamiento de la máquina. No hacerlo, conforme el régimen tuitivo aludido, solo puede desmejorar su posición en la causa.

En este sentido, entiendo que aún cuando el actor hubiese estado elongando, -y no realizando ejercicios de fuerza-, no hay evidencia en la causa de que esa maniobra estuviese prohibida, y de ser así, que el actor hubiera estado debidamente informado de ello (sea verbalmente o mediante cartelería alusiva).

Cierto es que la testigo Bassi dijo que los profesores le advirtieron que allí no se debía elongar, pero no hay prueba, insisto, de que el actor fuera anoticiado de esa directiva. Y su condición de profesor de educación física, no me lleva a colegir algo distinto, en tanto no encuentro indicios que permitan suponer que éste debía saber que la elongación era prohibida o peligrosa.

Los únicos dos testigos que estaban en el gimnasio el día del accidente, fueron Bassi y Zwenger. La primera dijo: “...a mi criterio el Sr. Sarmiento estaba haciendo bien los ejercicios... yo vi que estaba en la barra guiada, que la apoyaba, que después seguía haciendo, eso lo vi bien yo a él, y después en ese momento fue una cuestión de segundos, apoyó la barra y se cayó.. si él quiso elongar eso yo no lo puedo asegurar, después ya vi la sangre que le salía de la nariz... la barra estaba en el piso, la barra se cayó”.

El segundo, agregó: “... él se apoya en la barra, se estira y se dobla la barra, se cae y pega con su propio cuerpo en el borde de la silla... se le gira la barra y él se cae, pero es difícil que se gire porque esa barra tiene dos grampas así que se traban, o se resbaló él o la barra estaría mal colocada, o no sé. Es difícil además que quede mal colocada porque si vos la sacas para afuera se destraba y se cae hacia abajo. Tiene una traba bastante fuerte en las esquinas. Son aparatos industriales, diseñados para un gimnasio”.

Es decir, conforme la explicación de los testigos, puede inferirse que el aparato está diseñado –o debería estarlo- para que, aún cuando una persona se apoye en la barra, ésta permanezca trabada y no se caiga fácilmente; a menos

que voluntariamente se la destrabe para realizar la rutina de gimnasia.

Tampoco existen elementos a partir de los cuales pueda inferirse que el actor realizó una maniobra imprevisible, anormal o manifiestamente imprudente: aunque los testigos nombrados señalaran que existía un sector específico para elongar, de ello no se sigue que los clientes que concurrían al gimnasio solo podían hacerlo allí y que fuera inhabitual elongar utilizando la misma máquina donde se hizo el ejercicio.

Es que, en relación a esta causal hemos sostenido, que aún la causa ignorada o desconocida, en punto a la mecánica del hecho, no es un eximente de responsabilidad; al responsable no le es suficiente con hacer suponer o presumir que la víctima tuvo la culpa de lo ocurrido. De ahí la verdadera trascendencia de la concepción objetiva de responsabilidad, que sólo desaparece cuando la eximente ha sido acreditada certera y claramente.

Por estas razones, juzgo que en autos se ha demostrado la responsabilidad de la demandada, en virtud del incumplimiento del deber de seguridad derivada del contrato de consumo que unía a las partes.

Así: “Corresponde confirmar la sentencia que responsabilizó al titular de un gimnasio por los daños derivados de la lesión que sufrió la actora en el interior del establecimiento y que la maquina presentaba un defecto en su fabricación, por lo que en virtud de la Ley 24.240 se presume la responsabilidad del proveedor -en su carácter de propietario del gimnasio-, en tanto la mencionada ley pone en cabeza del proveedor una obligación de seguridad, que consiste en evitar que el usuario o consumidor sufra daños en el marco de la relación de consumo, circunstancia que el demandado evidentemente no pudo cumplir (arts. 377 y 386 del CPCCN)” (CNCiv, Sala B, “B.P.A. c. P.I. G. y otros s/DyP”, MJ-JU-M-102585-AR | MJJ102585 | MJJ102585, ya citada).

En autos, como señalé, resulta clara y terminante la orfandad probatoria en cabeza del demandado; quien ni siquiera colaboró en poner la máquina en cuestión a disposición de esta causa. Esto implica que no ha acreditado, las circunstancias del eximente que invoca; esto es, una conducta negligente del pretensor al utilizar de modo no previsible o anormal ese elemento de la empresa o explotación comercial. En esas condiciones, según entiendo, no queda otra alternativa que revocar la atribución de responsabilidad dispuesta por el juez de grado y, por ende, se admitirá la demanda incoada contra el Sr. Lascialanda.

Al respecto, cabe destacar que la condena se hará extensiva, en la medida del seguro, a Federación Patronal Seguros S.A. (art. 118 de la ley 17.418).

3.- A la luz de lo decidido con respecto a la atribución de la responsabilidad, habré de referirme a las diversas partidas indemnizatorias solicitadas en el escrito inicial.

3.1.- Trataré inicialmente lo peticionado por la accionante respecto del rubro de incapacidad física.

De la pericia médica practicada en autos, surge que a raíz del golpe directo frontal de la cara, el actor tuvo herida nasal y fractura del tabique óseo. El perito tuvo en cuenta la fractura de tabique con desplazamiento, más la obstrucción nasal y la cirugía realizada para desobstrucción del tabique nasal unilateral. Así, “por la obstrucción de fosas nasales más la fractura de los huesos propios de la nariz”, calcula una incapacidad del 8% (ver hojas 230/239 y 261/2).

En lo que refiere a la cervicalgia, el perito se apoya en el relato del actor, quien mencionó que sufrió un traumatismo directo cervical. Sin embargo, esta circunstancia fáctica no ha sido acreditada en el expediente, desde que el testigo Zwenger manifestó haber presenciado el suceso, y que ningún elemento cayó sobre el actor, sino que la barra se cae y éste a su vez cae con su propio cuerpo sobre el borde del banco de apoyo que tenía el aparato en cuestión. A su vez, el perito informa que las lesiones en la columna cervical corresponden a lesiones degenerativas, y sin embargo tabula una incapacidad, porque el actor le refiere continuar con dolores cervicales.

En definitiva, el experto tuvo en cuenta que los traumatismos cervicales pueden tener origen en un traumatismo directo sobre la cabeza, como puede ser la precipitación de un objeto pesado, pero ese hecho concreto no ha sido corroborado con la prueba desplegada en autos.

De modo que no se observa en la pericia, una fundamentación científica suficiente para tener por acreditado el nexos causal entre la cervicalgia detectada y el hecho que motiva esta causa. Máxime cuando el otro perito médico designado en la causa concluyó que “la movilidad cervical es normal y completa, no presenta incapacidad. Los procesos artrósicos son frecuentes y normales en un hombre de 55 años y con exigencias de movilidad por su propia actividad” (hoja 348).

Luego, este segundo perito, con especialidad en cirugía, informó que a raíz del traumatismo en el rostro y la fractura del tabique nasal, el actor fue operado realizándosele una septoplastia que mejoró la respiración, quedando como secuela una cicatriz en nariz de un centímetro.

Esta pieza fue impugnada por el actor, en el entendimiento que el perito no consideró que el tabique presenta una palmaria desviación por lo que será necesario realizar una cirugía plástica. A lo que el perito contestó que no se observa una tan “notoria desviación”, tal como surge de la foto frontal que acompaña (hoja 348).

Con relación a la cicatriz señalada en el informe de hojas 338/9, en tanto no surge que aquella reporte una limitación funcional, habrá de valorarse al momento de indemnizar el daño moral (eso es, al evaluar las proyecciones extra patrimoniales). Téngase en cuenta que así fue también solicitado por el actor en su demanda (hoja 60).

Nótese que más allá de su tamaño, al consultársele al experto si la cicatriz

influye negativamente en las distintas áreas de relación (laboral, deportiva o social), respondió que “no tiene ninguna influencia”.

Esta ha sido nuestra tesis, al señalar: “Limitándose las secuelas a una cuestión estética, sin limitación funcional, entiendo que el daño resarcible debe ubicarse dentro de la esfera extrapatrimonial.

He sostenido: «...en lo que refiere a las cicatrices, surge de la pericia que éstas no representan limitación funcional, sino que tienen carácter estético (hoja 289).

Por ello, a los fines de obtener los parámetros que integren la fórmula matemática, la cual ayuda como pauta para cuantificar el daño, es correcto diferenciar aquel porcentaje de incapacidad que, efectivamente tiene injerencia en el rubro en análisis (“daño físico”, en la terminología del actor), del resto de las secuelas que deben ser ponderadas al momento de abordarse el rubro extrapatrimonial de los daños. Lo contrario podría llevar a la superposición de rubros y la consecuente duplicidad en la reparación.

«Tal ha sido la postura de esta Sala al sostener: “[...] El daño patrimonial repercute sobre lo que el sujeto tiene (empobrecimiento o pérdida de enriquecimiento pecuniario, comprendiendo menoscabo de aptitudes útiles para la vida práctica, aún en tareas no remuneradas) y el tradicionalmente denominado como moral incide sobre lo que la persona es, como defecto existencial, en comparación con el estado precedente al hecho”.

“...Devienen incoherentes los esfuerzos para construir una noción "diversa" de daño según que sea patrimonial o, en cambio, concerniente a repercusiones existenciales (individuales o colectivas) contra las personas, porque inevitablemente también versarán siempre sobre secuelas nocivas o empeoramientos respecto de una situación previa”.

“Además de la desarmonía entre la simultánea instrumentación entre daños-lesiones y daños-consecuencias, se generan serios peligros de duplicaciones indemnizatorias e, incluso, de una reiteración indefinida de rubros por la misma situación nociva”.

“...emplazar un daño psíquico, estético u otro biológico como resarcible per se, con abstracción de secuelas vitales, conduciría a automatizar las indemnizaciones, que se fijarían sin más, según la gravedad intrínseca de la patología, pero ignorando indebidamente como incide en la situación concreta de la víctima... (cfr. Zavala de González Matilde, Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II,95)”.

“...Como se observa, la comprensión del tema exige recurrir a una distinción: la lesión –en el caso, detrimento estético y psicológico- y sus consecuencias, patrimoniales o morales. Estas últimas configuran, propiamente, el daño resarcible y sus especies. Debe discriminarse la materia afectada por el hecho y la materia sobre la cual versa el resarcimiento, la cual consiste en un resultado de aquélla (Cfr. ZAVALA de GONZÁLEZ, ob. cit., p. 257)”. (cfr.

“MONSALVEZ”, EXP N° 395793/9, “PARRA”, EXP N° 411950/10, “JARA” EXP N° 321577/5, “CASTILLO”, EXP N° 390037/2009, entre otros, en los que se consideró el desmejoramiento estético como fuente de daño resarcible en el plano del daño moral).» (“CAYHUEQUE OSCAR MATIAS C/ NAVARRETE URRUTIA HERALDO S. S/D. y P. X USO AUTOM C/LESION O MUERTE” (EXP N° 467003/2012).

Ahora bien, a fin de estimar el importe al que asciende la indemnización, es necesario conocer los ingresos de la víctima. El criterio de esta Alzada es que deben considerarse los ingresos que ésta percibía en el momento del evento dañoso.

En autos no hay prueba específica que permita conocer ese dato. Obran sí, recibos de sueldo como docente suplente correspondientes al año 2014, pero el accidente aconteció en el 2011.

Los testigos ofrecidos por el actor hacen mención a que el Sr. Sarmiento se desempeñaba en esa época como profesor de gimnasia en una institución provincial y que además daba cursos de voleibol a otros profesores y niños. Pero sobre esta última actividad, no se brindan mayores detalles, y ninguno de ellos fue consultado acerca de los ingresos que ésta le reportaba. La Universidad del Comahue informa que no obra en sus registros resolución alguna que avale la existencia de un curso de Instructor de Voleibol Escolar impartido por el actor y se desistió de la prueba informativa a la Secretaría de Deportes de la Nación (hoja 354).

Frente a este panorama, ha de seguirse el criterio de esta Cámara en punto a que en los supuestos de desconocimiento de los ingresos de la víctima, corresponde considerar el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente al momento del evento que origina la promoción del pleito.

El rubro incapacidad física o sobreviniente procura el resarcimiento de los perjuicios que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, lo que incide en todas las actividades, no solamente en la productiva sino también en la social, cultural, y fundamentalmente en la individual. Es decir, tal resarcimiento no debe limitarse únicamente al aspecto laborativo; la lesión a la integridad física "comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida" (cfr. CSJN, caso Pose Fallos 308:1110 y Fallos 312:2412).

Ello se sustenta en el derecho del sujeto a conservar ileso e intacto su cuerpo, dado que aun con la mejor evolución posible de las lesiones sufridas será sumamente difícil o imposible restablecer por completo en el organismo alterado la situación de incolumidad anterior; y esta situación es la que determina un perjuicio reparable (cfr. CNAp. Civ, Sala B, “S., S. M. c. Coto Cicsa y otros s/ daños y perjuicios”, Cita Online: AR/JUR/28769/2015).

Es criterio de esta Sala considerar el promedio de las fórmulas Voutto-Méndez como guía para el cálculo del resarcimiento económico. Así, conforme las

variables propias del caso, teniendo en cuenta la edad del actor al momento del accidente y la incapacidad resultante (8%), la indemnización por daño físico asciende a la suma de \$28.400,00.-

3.2.- La partida "lucro cesante" no puede tener acogida. Al fundar la procedencia de este rubro, el actor hace referencia a sus ingresos como capacitador de voleibol, más allá de su sueldo como docente en el C.E.F., pero como apunté más arriba, se observa orfandad probatoria sobre este aspecto y por ende, deberá cargar con las consecuencias de su inactividad procesal (art. 377 CPCC).

3.3.- En cuanto a los gastos de asistencia médica y traslados, esta Sala ha entendido que: "La jurisprudencia ha prescindido de la exigencia de la prueba concreta y documentada de los gastos médicos y de farmacia necesarios para el tratamiento y recuperación de la víctima, dejando librado a la apreciación judicial la fijación del monto, siempre que la acreditación del perjuicio esté debidamente comprobada y tengan adecuada relación con la importancia del tratamiento", (Cnciv., Sala E, "Paez de Tezanos Pinto, Ana M. c. Otermin Aguirre, Julio", LA LEY 1986-A, 469)" ("VILTE ALEJANDRO MAXIMILIANO J. CONTRA CARRIL GUSTAVO ANDRES Y OTRO S/ D.Y.P. X USO AUTOM. C/LESION O MUERTE", EXP Nº 367635/8)

Además, sostuvo: "Como la actora postula, no es exigible la prueba inequívoca de la existencia de erogaciones; es cierto que éstas pueden presumirse, una vez determinadas las lesiones sufridas".

"Así estimo que, en función de las lesiones físicas acreditadas, corresponde hacer lugar a los gastos de farmacia, médicos y de traslado reclamados".

"Es que: "Para la concesión de los rubros gastos de farmacia, kinésicos, de traslado y propina procede estimar una suma indemnizatoria prudente por estos conceptos aunque no se hayan acreditado, cuando se trata de las lesiones sufridas por la víctima (conf. Cámara Nacional Civil, Sala F, L. 67.070 del 21/12/90; íd. , L. 61.092 del 22/2/91; íd. , L. 107.799 del 12/11/92), no siendo obstáculo para ello la circunstancia que aquella contara con asistencia gratuita de un hospital público, por cuanto sabido es que siempre exceden los que suministran en dichos nosocomios a través de la asistencia médica que prestan" (Autos: PAEZ IRAMENDY Carlos Alberto c/MARTINO Mario Rafael s/DAÑOS Y PERJUICIOS - Nº Sent.:14069 - Civil - Sala F - Fecha: 12/04/1994, entre tantos otros. ver en este sentido, Sala III. "Poblete" Sentencia de fecha 03/05/12; Sala II, "Rodríguez Carlos" sentencia de fecha 02/06/2011, entre tantas otras), ("MONSALVEZ GABRIELA ELIZABETH CONTRA SANTAMARINA RAUL HORACIO Y OTRO S/D.Y P. POR USO AUTOM.C/LESION O MUERTE", EXP Nº 395793/9).

Aclaro que no habrá de reconocerse el gasto médico futuro solicitado, dado que de las pericias médicas realizadas en la causa, no surge la necesidad de realizar una cirugía plástica.

Por ello, considerando que la lesión sufrida tuvo envergadura, que el Sr.

Sarmiento debió someterse a cirugía para mejorar la respiración, así como los presupuestos y constancias de gastos acompañadas (especialmente hojas 397, 403, 413/14), de conformidad con las facultades que me confiere el art. 165 del Código de Rito, determino por la totalidad de estos conceptos, la suma de \$5.000,00.-

3.4.- Con relación al daño moral, tal como se ha señalado en numerosos precedentes de todas las Salas de esta Cámara, debe descartarse la posibilidad de su tarificación, lo que significa que debe efectuarse una diferenciación según la gravedad del daño, las particularidades de la víctima y del victimario, la armonización de reparaciones en casos semejantes, los placeres compensatorios y las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general "standard de vida". Entre los factores que pueden incidir en la cuantía, se admite la índole del hecho generador en función del factor de atribución. (cfr., entre otros PS: 2011-Nº238- Tº VI Fº1167/1171- Sala II, 28/10/11).

Ahora bien, la reparación del daño debe ser "integral", es decir, debe procurar dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a que se le lesionaran sus derechos.

Es claro, entonces, que el límite de la indemnización a otorgar por los daños soportados es el del perjuicio realmente sufrido; no menos, pero tampoco más. Y el análisis de este rubro nuevamente refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así por cuanto, cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, Daños a las personas, Integridad Psico-física, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

Pueden puntualizarse así tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho en sí, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho; 2) los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad). (cfr. Zavala de González, ob. cit. pág. 466).

Traídas todas estas consideraciones al caso analizado, ha quedado sentado que el accidente tuvo una cierta entidad y que el actor padece una incapacidad física permanente. Surge de los informes médicos la lesión padecida, la cicatriz en la nariz y la cirugía a la que fue sometido para la reparación de la fosa nasal izquierda, lo cual incidió en sus actividades habituales tal como refieren los testigos Chandía, Pamich, Silva y Cisterna. Todos estos testigos, refieren, además, a las actividades de montañismo que realizaba el actor y que se vieron obstruidas por el accidente, así como la impotencia y afectación del estado anímico que el suceso trajo aparejado. Por ello, de acuerdo con los precedentes de esta Alzada, el monto por este rubro asciende a la suma de \$ 25.000,00.-

A las sumas antedichas deberá adicionársele intereses a la tasa activa del Banco Provincia de Neuquén (Alocilla), desde la fecha del siniestro.

En resumidas cuentas, propongo revocar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda incoada por Ramón Alberto Sarmiento contra Walter Adrián Lascialanda, por la suma de \$58.400,00.- más intereses.

Hágase extensiva la condena a la citada en garantía, en la medida del seguro.

Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida (art. 68CPCC).

Déjense sin efecto los honorarios regulados en la sentencia de grado, los que deberán adecuarse al presente pronunciamiento. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

En relación con lo expuesto en el punto 2.3 del voto que antecede entiendo que no se trata de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas ni del principio de colaboración sino del art. 40 LDC. En el caso el actor probó el daño ocasionado y la relación de causalidad con la máquina así como con el servicio contratado al gimnasio y el demandado no acreditó la exclusiva culpa del actor que alegó al contestar demanda para eximirse de responsabilidad.

Al respecto, se ha sostenido que “La responsabilidad objetiva también resulta aplicable al ámbito contractual. A ello debe señalarse que las partes se encontraban unidas por un contrato atípico o innominado que se asemeja a la locación de servicios, por lo que le son aplicables por vía analógica los principios propios de esa institución (art. 1623 y ccs. del C.C.), encontrándose implícita la obligación tácita de seguridad (art. 1198 del C.C.).

Dicho vínculo puede ser encuadrado también como una típica relación de consumo en función de lo prescripto por los art. 1 y 2 de la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, N° 24.240/93 (v. expte. N° 60.625/01 de esta sala, caratulado “Canales Carpio c. Benedit s/daños y perjuicios” de fecha 25/08/06)”. “Como sostuviera mi distinguido colega, doctor Oscar J. Ameal en el precedente citado, la demandada asume entonces la obligación de garantizar a los usuarios del gimnasio cierta seguridad, la que se determina y limita según los casos, por la interpretación de la voluntad expresa o presunta de las partes. Y esta obligación de seguridad, es una obligación de resultado, razón por la cual a la

víctima le basta probar el daño sufrido y la relación de causalidad, pero no tiene que acreditar la culpa del prestador del servicio, en razón del fundamento objetivo de la responsabilidad”, (CNCiv. Sala K, en autos, “Patiño, Graciela F. c/ Colmegna S.A”, 26/03/2007, Información Legal, AR/JUR/604/2007). En consecuencia, atento que el demandado no acreditó la culpa del actor que alegó al contestar demanda para eximirse de responsabilidad (conforme la prueba citada en el voto que antecede), comparto la solución propuesta por la vocal preopinante.

Tal mi voto.

Existiendo disidencia de fundamentos en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con la Dra. Patricia CLERICI, quien manifiesta:

En lo que es materia de disidencia adhiero al voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE, en tanto el riesgo o vicio de la cosa no ha sido alegado, ni probado en estas actuaciones, por lo que la imputación de responsabilidad al demandado ha de hacerse como consecuencia del incumplimiento del deber de seguridad.

Por lo expuesto, POR MAYORIA

SE RESUELVE:

- 1.- REVOCAR la sentencia de grado y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda interpuesta por Ramón Alberto Sarmiento contra Walter Adrián Lascialanda, condenándolo a abonar al actor en plazo de 10 días de notificado la suma de \$58.400,00.-, más los intereses dispuestos en los considerandos, haciendo extensiva la condena a Federación Patronal Seguros S.A., en la medida del seguro.
- 2.- Imponer las costas de ambas instancias al demandado en su condición de vencido (art. 68 CPCC).
- 3.- Dejar sin efecto los porcentajes de honorarios determinados en la instancia de grado a favor de los profesionales letrados y readecuar los mismos del siguiente modo, los que se calcularán sobre la base regulatoria de capital más intereses: en el 16% en conjunto para los Dres.... y ..., en su carácter de letrados patrocinantes del actor; en el 15,68% para el Dr....., en el doble carácter por la demandada y citada en garantía (art. 279 del CPCC y arts. 6, 7, 10, 20 y 39 de la ley 1594).
- 4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).
- 5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA