ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los cinco (5) días del mes de septiembre del año 2017, la Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores Gabriela B. Calaccio y Dardo W. Troncoso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"RUSSO LUCIA C/ ASOCIACION DEPORTIVA Y CULTURAL LACAR S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES"**, (Expte. Nro.: 34386, Año: 2013), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, el **Dr. Dardo W. Troncoso**, dijo:

I.- A fs. 409/421 se dicta sentencia de primera instancia, que rechaza la demandada interpuesta por Lucia Russo contra Asociación Deportiva y Cultural Lacar e impone costas en el orden causado.

La actora recurrente entiende que la sentencia recaída en autos deviene arbitraria, al haber omitido y resuelto contra la normativa legal medular así como también porque muchas conclusiones resultan carentes de fundamentos o con fundamentos aparentes, habiendo realizado también el A quo una errónea ponderación de los elementos probatorios.

En su primer agravio señala que se ha probado la caída de Lucia en los mismos términos descriptos iniciales. Transcribe pasajes del fallo en crisis, señalando que el magistrado rechaza las afirmaciones del escrito inicial de su parte, relativas a las omisiones de medidas de seguridad por parte del club y la forma en la que ocurrió la caída, agregando que correspondía a la actora la prueba de ello,

errando así en la interpretación de principios procesales y sustanciales que devienen aplicables.

Expresa que el magistrado en el inicio de su resolución realiza una incorrecta interpretación en lo relativo a la carga de la prueba que competía a su parte porque la responsabilidad objetiva y el principio de seguridad de los artículos 40 y 5 de la ley 24.240 ponen en cabeza de los demandados la prueba de que no han omitido las medidas de seguridad, existiendo una presunción iuris tamtum en su contra.

Así el magistrado no se circunscribió a las características de la relación entre partes y circunstancias del caso, considerando que pesaba sólo sobre la actora la prueba de cómo aconteció la caída.

Explica que el daño que sufrió Lucia Russo se dio durante una clase de escalada, de la que sólo participaban sus profesores y compañeros menores de edad, consideración no menor a la hora de la prueba, presentándose una superioridad por parte de los demandados en relación a las posibilidades de prueba.

Señala que los compañeros de Lucia eran menores para oficiar como testigos razón por la que la prueba de cómo aconteció el hecho quedó sólo bajo el relato de los profesores, uno de ellos parte en el proceso, y como se verá el otro profesor interesado en el caso, y entiende, que ante tal asimetría es donde cobra especial importancia la normativa de defensa del consumidor y el usuario.

Refiere que a partir de estos conceptos y al entender a la categorización dada por el legislador a la ley de Defensa del Consumidor como de orden público es que debió el magistrado entender que su aplicación era esencial tanto para el normal desenvolvimiento del proceso como de su solución.

Señala que la Corte Suprema ha expresado que el legislador al disponerla de orden público ha definido a la ley como un conjunto de principios estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida, y que estos principios están puntualmente en la carga probatoria, citando jurisprudencia que entiende aplicable al caso.

Expresa que las citas jurisprudenciales citadas por el magistrado fundando su rechazo no son aplicables al presente caso, debiendo regir en cambio el principio de carga dinámica de la prueba.

Aclara que las demandadas nada han aportado a fin de llegar a la verdad objetiva, al contrario, buscaron reducir los medios probatorios.

En su segundo agravio sostiene que hubo una errónea apreciación de la prueba en relación a la forma en que ocurrió la caída de Lucia. Trascribe nuevamente la parte pertinente de la sentencia del juez donde éste evalúa la mecánica del hecho y concluye que el magistrado sostiene que la menor no cayó en el piso siendo dicha afirmación infundada y caprichosa.

En relación a la prueba en que el A quo funda su decisorio, sostiene en primer término respecto de las fotografías acompañadas por el club, que ellas fueron desconocidas por no ser coincidentes la disposición que los colchones tenían el día de la caída de Lucia con la que aquella refleja, que debe entenderse que la misma fue prueba armada para adjuntar a la contestación de demanda en un estéril intento de dar la apariencia de que aquellos se encontraban correctamente dispuestos y la foto del acta de constatación practicada al momento del accidente no coincide con éstas.

Respecto del testimonio de Laprida indica que el mismo fue impugnado en tiempo y forma, que es el concesionario

de la palestra del club y el resultado del proceso lo afecta de manera directa, agregando que de sus propias declaraciones surge que no vio el accidente pero declara que la caída se produjo dentro de los colchones.

Trascribe luego parte de la declaración del testigo Gómez que es quien la levanta del piso y señala que este testimonio no coincide con el de Laprida.

Estos dos testigos resultan ser dos profesionales de escalada aportados por el club y coinciden en que los colchones estaban puestos de manera correcta, no obstante, ninguno precisa cuando los vieron así puestos.

Explica que estos además fueron vicepresidente y profesores del club, por lo que si algún elemento de seguridad no era el acorde a la práctica segura, ello hablaría de su propia pericia y profesionalismo, toda vez que dictaban clases bajo esas condiciones.

Además estas declaraciones no coinciden con la de los ofrecidos por su parte, las que reseña y a las remito en orden a la brevedad.

Indica que por el contrario los dos testigos ofrecidos por su parte sí dan razón de sus dichos y no han sido impugnados.

Entiende que si bien el A quo es libre en la consideración de la prueba claro está que estos dos últimos testimonios muestran la realidad de cómo estaban dispuestos los elementos de seguridad, más los dichos de los anteriores testigos no están circunstanciados al tiempo.

Respecto de la pericia realizada expresa que ningún dato aporta para desvirtuar que la caída no se produjo sobre colchones.

Se queja porque el magistrado prescindió de valiosa prueba que le hubiera permitido arribar a una conclusión distinta como el acta de constatación, el informe del perito médico del cual también transcribe un párrafo.

En razón de lo expuesto concluye que el magistrado realiza una valoración fragmentada de las pruebas aportadas y que esta prescindencia de prueba fundamental y su decisión de resolver en forma contraria a lo que inequívocamente surge de ellas implica un directo menoscabo de la defensa en juicio, por lo que afirma que el magistrado de grado no se ha valido de la sana crítica en la valoración de aquella.

En el tercer agravio expresa que hubo una errónea apreciación sobre las medidas de seguridad requeridas y la prueba de ellas. Así el magistrado entendió que para esta práctica de escalada sólo se requieren colchones como medida de seguridad.

Cita el párrafo donde entiende que el A quo sienta esta postura, señalando al respecto que ésta se contradice con los dichos de los testigos y lo que surge del informe pericial por lo que es infundada.

Explica que de los propios testimonios e informe pericial se desprende que la caída del escalador se protege con colchones y con cuidador. Realizando nuevamente trascripciones de ciertas declaraciones testimoniales a saber: Milana, Laprida, Navarro, Duran y dichos esbozados por el Club demandado esbozados en la contestación de demanda.

El cuarto agravio es señalado como deficiencia y ausencia de medidas de seguridad.

Reitera que dos son los elementos de seguridad imprescindible, el “crash pad” y el cuidador, pero en tanto el primero fue deficiente el segundo no existió.

Trascribe nuevamente párrafos de la sentencia y señala que su parte jamás intentó introducir un hecho no invocado ni ha faltado a la verdad, y que sólo se limitó a alegar, y allí señaló, en relación a las cualidades de los colchones lo que ya se había referido en el escrito inicial, pero que el A quo pretendió que su parte, en aquel momento

inicial, definiera que los colchones eran inapropiados para la modalidad Boulder, bajo términos de un profesional del deporte que su parte no tenía, por lo que la conclusión de aquel lo lleva a un estado de indefensión absoluta.

Concluye reiterando que los colchones eran inapropiados en cuanto a su disposición como a su composición ya que eran colchones de cama.

Considera que, en razón de las conclusiones a las que llega el perito, el razonamiento del a quo, en el sentido que los colchones eran aptos, es caprichoso y antojadizo.

En cuanto a la disposición de los colchones, señala que los testigos de la demandada depusieron que los mismos estuvieron dispuestos en forma de ladrillo lo que no se condice con lo que surge del acta de constatación, y aun cuando estuvieran dispuestos de tal forma, ello no era suficiente según la reglamentación.

En cuanto al cuidador dice que el magistrado practica apreciaciones meramente conjeturales, ya que entiende que ninguna relevancia tiene la omisión de aquel, no hace más que suponer sin pruebas, generando una hipótesis descuidada y descabellada, ya que la función de dicho sujeto va más allá de garantizar que la escaladora caiga dentro del colchón y el mismo debía estar presente para garantizar todas las medidas de seguridad.

En el quinto agravio expresa que los demandados pretenden excluir su responsabilidad diciendo que llevaron a cabo todas las medidas de seguridad adecuadas lo que no probaron.

Enuncia que deviene claramente falta de motivación la sentencia cuando dice “los padecimientos de Lucia resultaron fortuitos o imputables a la propia víctima o a su padres toda vez que no existe prueba que sustente esta conclusión” es en su capricho por hacer proceder la ruptura

del nexo causal que el magistrado funda su decisorio, siendo suficiente la prueba de la ausencia de culpa para excluir la responsabilidad de las demandadas y afirmar que de manera alguna se ha probado la ruptura del nexo causal en los presentes”.

Como sexto agravio transcribe nuevamente y de manera extensa pasajes del fallo que recurre, y por último, expresa que mal se podría haber asumido un riesgo que se desconocía. El magistrado parte de presumir que la menor recibió la información adecuada sobre la manera de caer de forma segura lo que no aconteció, omitiéndose el deber de información.

Que la arbitrariedad surge manifiesta al ignorar la normativa del consumidor y usuario, puntualmente el principio in dubio pro consumidor, y ante la ausencia de certeza el magistrado debió considerar tal principio.

Yerra el magistrado al entender que el deber de información fue cumplido por los demandados por el solo hecho de que Lucia realizó la práctica deportiva durante cuatro años, dando por supuesto que ello por si solo le brindó conocimiento de los riesgos de la actividad, asumiéndolos, lo que no admite acogida dado que el deber de información requiere que la misma haya sido dado de manera cierta y clara a la niña y a sus padres.

Refiere que el a quo confunde sus roles atribuyéndose funciones propias de un legislador al considerar que el deber de información puede probarse a partir de presunciones. Cita jurisprudencia referida al tema asunción del riesgo.

Explica que la asunción del riesgo pretendida por el A quo no implica aceptación del daño como tampoco exoneración de responsabilidad de las demandadas.

El séptimo agravio se refiere a la arbitrariedad de la conclusión a la que llega el magistrado.

Señala que el artículo 40 de la ley 24.240 aplicable a las presentes consagra el sistema de responsabilidad objetiva, por lo que no siendo cuestión de debate el daño sufrido ni su relación de casualidad con el servicio prestado debía prescindirse de la prueba de la culpa y que los propios demandados comprendieron esto y buscaron evadir su responsabilidad, aduciendo la ocurrencia de un caso fortuito.

Describe que el principio iura novit curia no implica una venia para que el magistrado actúe caprichosamente supliendo omisiones o errores de las partes, siendo la resolución recurrida pasible de calificarse como arbitraria, al haber omitido la normativa medular aplicable a la decisión del conflicto planteado.

Que el juez debió medir la diligencia de la niña teniendo como guía lo prescripto por el artículo 512 del código de Vélez, toda vez que se trataba de una menor de 13 años, por lo que mal puede equipararse a una profesional del deporte.

Cita parte del voto de la Dra. María Julia Barrese en autos “Macaya c/ Asociación deportiva y cultural Lacar”, y a modo de conclusión expresa que siendo aplicable la responsabilidad objetiva su parte aun en la dificultosa posición que se encontraba, actuó bajo las exigencias de un sistema de responsabilidad subjetiva, probando la culpa de los demandados, no existiendo prueba alguna del acaecimiento de un hecho fortuito. Así, se ha probado no sólo la deficiencia sino también la inexistencia de elementos de seguridad requeridos para la práctica bajo la modalidad Boulder y el apartamento del reglamento que rige esta actividad deportiva, el que establece cuestiones de importancia no consideradas por el magistrado, las que asimismo enumera.

II.- Corrido el pertinente traslado de ley a fs. 453 el mismo es contestado a fs. 457/461.

En primer lugar entiende improcedente el recurso de la actora, toda vez que se limita a criticar el trabajo y entendimiento del fallo de primera instancia como una mera discrepancia con la valoración de las pruebas.

Explica que la expresión de agravios es una mera discrepancia del fallo y que la actora efectúa un erróneo y desordenado análisis de los hechos explicados en la demanda inaugural, incluso ante la inexistencia de prueba y una invocación tardía de la ley 24.240.

Expresa que la lectura de los agravios genera confusión, que es de compleja respuesta para su parte lo que la pone en un estado de difícil defensa, no advirtiéndose cuál es el eje principal de los agravios. Por lo que considera que la apertura de la instancia y revocación de la sentencia generaría un grave avasallamiento a sus derechos con su consecuente detrimento económico.

Luego se refiere a los antecedentes fácticos en cuanto a la mecánica del accidente, no comprende como es la falla del sistema de seguridad si la actora cae de una altura menor de 2 metros, de pie, fracturándose un tobillo por un mal sistema de amortiguación del golpe. No existen dentro del expediente elementos que le clarifiquen cual es la impericia, negligencia o falta de deber de cuidado. Lo cierto es que la actora primero se limita a decir que cayó en colchones finos que provocan la fractura, y luego, intenta desviar su relato a una supuesta ventana entre colchones que provocan la lesión, y esto, no fue probado ni quedó claro, y contrariamente, sí pudo probarse que cayó sobre colchones como indica el testigo Laprida quien, si de alguna forma tendría responsabilidad, no comprende porque no fue demandado.

Explica que en autos tampoco fue probado la falta de deber de cuidado ya que al demandarse no se cargó contra dicha cuestión, lo cual fue mencionado tardíamente como

una mera conclusión de parte, sin datos objetivos o estudios sobre los materiales.

Señala que los datos objetivos son que la actora practicaba el deporte hace más de 4 años y el riesgo que éste en sí conllevaba, exponiéndose a golpes y consecuencias absolutamente probables.

Destaca en relación a la ley 24.240, que además de la relación de consumo estábamos también y primeramente ante un deporte de riesgo y en la operatoria de estos factores debe ilustrarse la inseguridad creada, la cual no puede apreciarse de ninguna forma.

Entiende que es absolutamente descartable el invertir la carga de la prueba, como pretende la actora, por la precluida etapa no aprovechada, en virtud del artículo 377 del CPC y C.

En cuanto al riesgo dice que la pared no es riesgosa por sí misma, no así la acción del hombre, por lo que ésta debe ser controlada por la técnica e inteligencia del cuidado indicada por los testigos y demás medios de prueba.

Que la propia actora reconoce en la fundamentación del recurso su falta de conocimiento de las técnicas de escaladas y sus medidas de seguridad, por lo que se pregunta cómo puede entonces demandar si no sabe cuál es la actividad riesgosa asumida.

Expresa que en el caso de que se cumplan todas las normas, recaudos y costumbres de la actividad, ante un hecho dañoso, es claro que no debe responderse.

Entiende que para apartarse de estos principios de responsabilidad especifica en los deportes de riesgo deberían encontrarse acciones u omisiones que permitan establecer el apartamiento de los reglamentos federativos vigentes y que hubo un riesgo asumido en forma expresa por la actora, dado la características de la actividad.

A modo de conclusión refiere en primer término que la línea jurisprudencial actual parece conducirnos hacia un camino en el cual, de producirse algún daño en el desarrollo de deportes calificados como de alto riesgo, predominaría la irresponsabilidad absoluta, lo cual no parece atinado.

Que el riesgo asumido se convierte en un factor importante de evaluación al momento de decidir eventuales litigios y que en este caso entiende que, puntualmente, jamás debió responder la demandada.

Agrega que ninguno de los elementos tales como el dolo, la culpa o violaciones de normativa se han verificado en el fallo, ni la intención de provocar daño, por lo que resulta adecuado el decisorio.

Cita legislación, y finalmente, jurisprudencia realizando reflexiones a las que remito en honor a la brevedad.

III. a.- En primer lugar estimo conveniente dejar debidamente expresado que en numerosas oportunidades esta sala se ha remitido a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto dicho órgano máximo del sistema judicial ha sostenido que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), en mérito a lo cual no seguiré al recurrente en todos y cada una de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio.

En otras palabras, se considerarán los hechos jurídicamente relevantes (cfr. Aragoneses Alonso “Proceso y Derecho Procesal", Aguilar, Madrid, 1960, pág. 971, párrafo 1527), o singularmente trascendentes (cfr. Calamandrei "La génesis lógica de la sentencia civil", en "Estudios sobre el proceso civil", págs. 369 y ss.).

Estimo oportuno destacar que el juzgador no posee obligación de ponderar en su sentencia todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que entienda, según su criterio, pertinentes y útiles para formar en su ánimo la convicción necesaria para proporcionar fundamentos suficientes a su pronunciamiento.

En tal sentido, el Alto Tribunal de la Nación sostuvo que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar su decisión (CS, Fallos, 274:113; 280:320; entre otros), ni deben imperativamente, tratar todas las cuestiones expuestas o elementos utilizados que a su juicio no sean decisivos (Fallos, 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 308:2172; 310:267; entre muchos otros), motivo por el cual la ausencia de consideración concreta de alguna de ellas no significa falta de valoración sino la insuficiencia de aptitud convictiva del elemento de prueba o del argumento como para hacer variar el alcance de la decisión.

b.- En este camino, el desarrollo de la cuestión en la que me habré de pronunciar en este voto partirá de la crítica que la esforzada labor profesional de la apelante despliega a partir de su primer agravio, esto es, la errónea aplicación de principios procesales y de la normativa sustancial que le imputa como yerro al a quo.

El primer dato a considerar es que, si bien es cierto que el a quo rechazó la demanda en tanto consideró que en los términos del artículo 377 del Código Procesal la actora no logró acreditar el incumplimiento del deber de seguridad reprochado a la demandada como presupuesto de su responsabilidad, como así tampoco a la forma en que ocurrió la caída de Lucía Russo, no menos lo es que aunque la aquí recurrente no lo invocó, resulta aplicable al sub examine el régimen consumerista previsto por la ley 24.240, mas ello a

juicio del judicante tampoco implicaba la variación de la solución jurídica dada al caso pues, a su entender, no se produjo ninguna violación a la obligación de seguridad prevista por la LDC (ver fojas 418).

Mas allá de ello, tengo para mí que por tratarse de una ley con carácter de orden público, que encuentra fundamento en su artículo 65, es patente su anclaje constitucional, al disponer el artículo 42 de nuestra Carta Magna que "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno…", y por tanto su aplicación resulta imperativa, tal como lo sostuviera nuestro Cimero Tribunal Provincial en el precedente "Geliz Ana María c/ Caja de Seguros S.A" (Acuerdo 46/2010), en el que además dijo que "El principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamento al Derecho del Consumidor… en los casos en que se presente colisión de normas, es importante tener en cuenta que no es la ley sino la Constitución Nacional, la que es fuente del derecho consumerista… se trata de uno de los derechos denominados derechos civiles constitucionalizados… ("Ivanoff Gladys c/ Caja de Seguros S.A." RII 62/2012, con cita a Lorenzetti Ricardo "Consumidores" Ed. Rubinzal Culzoni pág. 44/45).

Así enmarcada la cuestión en la órbita del Derecho al consumidor, cabe considerar que ese cuerpo normativo consagra importantes obligaciones por parte del prestador de servicios -en este caso los demandados-, que acuden en protección del consumidor –en este caso la actora-, que ha contratado en su carácter de socia del club accionado, la realización de prácticas deportivas de montañismo por parte de la Escuela de Montaña de la Asociación Deportiva y Cultural Lacar, que a su vez se encuentra concesionada.

Caracterizada entonces la relación de consumo, emerge como uno de los más importantes, el deber de seguridad y prevención de daños al consumidor, pues su derecho a la efectiva prevención contra los riesgos de sufrir daños como consecuencia de la utilización de los productos y servicios se encuentra entre los atributos básicos de los consumidores y usuarios antes que en ese carácter como persona humana y entre ellos los de mayor jerarquía como el derecho a la vida, a la seguridad, a la salud e integridad psicofísica, exigen por su propia naturaleza que las soluciones del Derecho, frente a los nuevos riesgos del mercado, apunten en forma prioritaria a la prevención de los daños, ya que la reparación frente a las afectaciones de estos atributos esenciales) generalmente resultara insuficiente.

Es que al decir de Gabriel Stiglitz (“Tratado del Derecho del Consumidor” tomo III “Responsabilidad Civil Daños a Usuarios y Consumidores” Ed. La Ley págs. 67 y siguientes”), la naturaleza preventiva de las normas y soluciones establecidas por el sistema de protección es de la esencia del derecho al consumidor, configurando una de las más notorias superaciones respecto del derecho tradicional que sólo se sancionaba frente a los daños producidos.

Este sistema se plasma en el artículo 5 de la ley 24.240, al disponer que las cosas o servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

En este contexto es que analizaré la adecuación por parte de las accionadas en torno al respeto y guarda del deber de seguridad que en el caso emerge por dos vías:

a) La primera, cuyo concreto incumplimiento imputa la actora a las demandadas y que consiste en la inadecuada disposición de los colchones de seguridad o “Crash Pad”, que

como medida de seguridad deben destacarse al pie de la palestra, con el objeto de amortiguar los efectos que se puedan producir como consecuencia de la caída de la misma por parte del deportista escalador, puesto que tal obligación viene requerida en el punto 5.1.3 del Reglamento de Escalada de la Federación Argentina de Ski y Andinismo, que se ha agregado como prueba a fojas 99 de autos.

La existencia de estos “crash pad” y la correcta disposición de los mismos, a la luz de la sana critica (artículo 386 del Cód. Procesal) queda acreditada con las fotografías de fojas 43 a 50, que si bien fueron desconocidas por la actora se condice con las que la accionante acompañara a fojas 7.

A su vez, también concurre en apoyo de esta afirmación la prueba testimonial.

Así Juan Pablo Navarro Gómez (fs. 218), escalador deportivo que colaboró con el armado originario de la palestra e incluso fue profesor en esa institución, además de utilizar deportivamente la palestra, da cuenta de la existencia, características y funciones de los mismos en el club demandado (5ta, 9na 10.a y 11va. Preguntas).

De igual manera se pronuncia Juan Manuel Milana a fojas 227/228, quien además de ser escalador titulado por la EPGMT provincial, lleva a su hijo a practicar la misma actividad a la palestra y de haber trabajado en la Escuela de la institución demandada, da cuenta de la existencia de tales elementos, en virtud de que la propia modalidad del deporte así lo exige, ampliando sobre las medidas usuales de los colchones, de entre 15 a 20 cmts, parecido a un colchón de cama pero más chico (lra, 3ra. 4ta y 5ta. Preguntas), haciendo lo propio también Cristian Selem a fojas 229 (al contestar las preguntas 3ra y 5ta), y completando el cuadro probatorio las conclusiones del Perito Santiago Valerga, a fojas 272, que constata la existencia de colchones ubicados y distribuidos

debajo de las áreas de escalada en forma intercalada y con un espesor de entre 30 y 40 cmts (punto 1 de la pericia que respecto de la actora se encuentra firme y consentida a estar a las constancias de fojas 274/279).

b) La otra, que si bien no ha sido objeto de concreta alegación del apelante en su demanda, integra el deber de seguridad al que se halla sujeta la demandada, lo constituye la presencia del “spotter” o cuidador cuya actuación consiste en asegurar que el escalador en su caída, termine dentro del “crash pad”.

Si bien la figura del cuidador no se encuentra específicamente expuesta en el Reglamento de Escalada en lo que concretamente se refiere a la especialidad Boulder (ver fojas 99), entiendo que la misma queda comprendida en la figura del “asegurador” que prevé para la práctica del andinismo el Reglamento Deportivo (cfr. “Normas Generales” punto 3.2.1.e de fojas 90 vta.).

Esta interpretación encuentra su correlato en las conclusiones del Perito de fojas 272, en las que al referirse en el Punto A.- a las condiciones de seguridad requeridas para la práctica del “Boulder” agrega que “…En ciertas ocasiones también se cuenta con la presencia de un “spotter” o cuidador que se encarga de que el escalador caiga dentro de la superficie del “Crash Pad”…”.

Por otro lado, el análisis de la prueba testimonial lleva a la misma conclusión, toda vez que quienes han depuesto en tal carácter, practicantes de este deporte y en algunos casos instructores del mismo, dan cuenta de que la presencia de la persona que desempeñe estas funciones resulta necesaria para asegurar la integridad física del deportista que cae de la palestra.

Así, Diego Duran que instruye, practica y trabaja con esta actividad hace 15 años y que además ha competido en esa palestra, expresó que la función específica del cuidador es

que el escalador caiga dentro de los colchones, que no es función del cuidador amortiguar la caída, que en el año 2005/2006 trabajó en el club como profesor de la actividad y que en esa época hacía la función de cuidador, enseñando a los alumnos más grandes y calificados a cumplir esa actividad (3ra. 6ta y 12da respuestas); y Juan Manuel Milana expresó que el cuidador debe asegurarse de que el que está escalando caiga sobre la colchoneta de caída y que la observación del cuidador es obligatoria, la intervención solo en caso de ser necesaria, si está cayendo fuera del colchón (6ta pregunta de fojas 227 vta. y 13ra pregunta de fojas 228).

En igual sentido Eduardo de la Canal (padre de tres hijos que concurren a la misma Palestra) expresa que son los profesores los encargados de la actividad los que se desempeñan como cuidadores (fs. 258, 9na pregunta).

A su turno Juan Pablo Navarro Gómez, también escalador profesional y que fue el que armó la palestra del Club, expresó que el cuidador es indispensable para el caso de que el escalador esté por arriba de la línea de travesía, y que en el Club Lacar esa está a 1,20 mts. de altura, y en cuanto al modo de trabajo dijo que eran grupos de 7 alumnos por profesor, que el profesor cuida y el resto está en otra actividad con otro profesor mirando como escala su compañero (13ra. Y 14ta. preguntas de fojas 219 y vta.).

Resultan sumamente ilustrativos los dichos de Ezequiel Laprida, el otro instructor concesionario de la Escuela de Montaña, quien expresó, al ser preguntado si además de los colchones se utiliza algún otro sistema de seguridad, que los compañeros que están alrededor del colchón para que no se caiga, que el día que se lastimo la hija de la actora él estaba presente en la palestra, que no vio el accidente que en ese momento estaba atendiendo a otro alumno y cuando pasó la fue a atender a Lucia inmediatamente y que quien controla los elementos de seguridad en la palestra son el dicente y el

profesor Martin Gómez (lera., 9na. 10ma y 25ta preguntas de fojas 213/215).

Ahora bien, acreditada que considero, como dije, la existencia y la correcta disposición de los colchones “crash pad” (lo que permite descartar la primera de las hipótesis consideradas por el Perito Medico como mecanismo de producción de la lesión en el pie de la niña), en virtud de la falta de acreditación por parte de la demandada de la necesaria presencia del “spotter” o cuidador, cuyas funciones ya fueran reseñadas conforme lo que surge del relato de los testigos de autos, que ponen en cabeza de los profesores de la actividad la verificación de su presencia o en todo caso el ejercicio de esa función por parte de ellos mismos, he de inclinarme (a la luz del principio “in dubio pro consumidor”) por el segundo de los mecanismos que el Perito Médico consideró como probable, es decir, que la superficie de amortiguación no haya sido suficiente y que solo amortiguó en parte el golpe, sin evitar el contacto del pie en la posición mencionada contra una superficie dura, con la suficiente energía para producir la lesión (fs. 266).

Ello así por cuanto “…la ley 24.240 de defensa del consumidor ha sentado el principio general según el cual "en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor", según prescripción del segundo párrafo del art. 3. Sin omitir la referencia al art. 37 que establece una significación similar". La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa” (“Roca Alejandro c/ HSBC New York Life Seguros de Vida Argentina S.A. s/ recurso de apelación”, Cámara de Apelaciones en lo Civil de Córdoba, Sala octava, 17 de abril de 2008, MJ-JU-M-25586-AR | MJJ25586 | MJJ25586).

En consecuencia, y toda vez que las demandadas en su carácter de concedente y concesionaria de la actividad deportiva de la Escuela de Montaña que funciona en el ámbito edilicio de la primera han violado el deber de cuidado al que se hallan obligadas frente a la actora, en su carácter de socia y alumna de la misma, en tanto la falta de cuidador o "spotter" en el ejercicio de la actividad deportiva determinó la incorrecta caída de la alumna en la colchoneta y luego en el piso, lo que no hubiera ocurrido de hallarse presente el cuidador que vigilara su caída y la acompañara a que la misma fuera exclusivamente en el ámbito del "crash pad" entiendo que resultan responsables a la luz del deber de cuidado que a su cargo impone el artículo 5 de la Ley 24.240.

Si bien el incumplimiento señalado resulta, a mi criterio, suficiente para pronunciarme en forma afirmativa respecto de la responsabilidad de las accionadas en la producción del evento dañoso, igual conclusión cabe extraer tan pronto se compare su conducta con otro de los deberes que la LDC impone a cargo del proveedor del servicio, que es la obligación impuesta en el artículo 4 referida al suministro de información al consumidor en forma cierta, clara y detallada de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización.

Este derecho, reconocido constitucionalmente en el artículo 42 de la Constitución Nacional, bien puede ser planteado en el centro de los derechos sustanciales de los consumidores, pues al decir de Stiglitz (op. cit. Tomo 1 página 371) es uno de los derechos básicos ya que la información adecuada sobre los bienes y servicios es determinante de la protección, tanto de la seguridad como de los intereses económicos de los consumidores, y correlativamente, las deficiencias en la información pueden producir perjuicios a los consumidores en su patrimonio y

hasta atinentes a su misma vida y salud, por eso, del cumplimiento de los deberes de información depende la posibilidad concreta del consumidor de emplear los productos y servicios con plena seguridad y de modo satisfactorio para sus intereses económicos.

En este contexto, y tal como más arriba se analizara, no se ha acreditado que ni el club demandado ni el concesionario de la Escuela de Montaña hayan adoptado las medidas pertinentes para informar al alumnado la inconveniencia de practicar Boulder sin la necesaria presencia de un cuidador o spotter de tal manera que en caso de caída del deportista, esté asegurado que la misma se verifique en la superficie de los colchones o “crash pad”.

Jurisprudencialmente se ha dicho que “una de las prerrogativas fundamentales reconocidas a los particulares en el ámbito de las relaciones de consumo (contracara del deber que paralelamente se coloca en cabeza de los empresarios) es el derecho a una información adecuada y veraz (arts. 42 de la CN), es decir, a ser nutrido de elementos ciertos y objetivos, detallados, eficaces y suficientes sobre las características esenciales del producto respectivo (art. 4 ley 24.240). Se trata de una herramienta basilar del sistema protectorio de marras, justificada en la desigualdad material que caracteriza a los partícipes de las relaciones de consumo” (SCBA “Lucero, Osvaldo Walter s/ Amparo” 17.9.2008, citado por Daniel Roque Vítolo “Defensa del Consumidor y del Usuario” Ed. Ad Hoc pág. 300).

A esta altura del análisis y ya determinada la responsabilidad de los demandados no resulta ocioso recordar que en este caso las consecuencias de su accionar habrán de juzgarse a la luz del Código Civil de la Nación ley 341, ello por imperio del artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, teniendo a la vista que el artículo 40 de la ley 24.240 (t.o. Ley 24.999) establece en esta materia un sistema

de responsabilidad objetivo, en el cual quien pretenda liberarse total o parcialmente de ella, deberá acreditar que la causa del daño le ha sido ajena.

Digo esto por cuanto no dejo de considerar la existencia de otros antecedentes que han resuelto la cuestión de distinta manera a la que propondrá en este voto a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación (ver Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II, “Vergara Inés Mónica c/ Houvardas Alexis y otros s/ Daños y Perjuicios” Expte. N° 425.628/2010).

Refiriéndose a la relación de causalidad en los sistemas objetivos de responsabilidad, Trigo Represas y López Mesa (“Tratado de la Responsabilidad Civil”, tomo 1, pág. 624 Ed. La Ley), sostienen que en los sistemas de responsabilidad objetiva el daño es imputable al responsable no porque se haya conducido en forma negligente, sino porque el resultado dañoso sobreviene a consecuencia de un evento ocurrido en el ámbito de aplicación de una norma específica.

Debe tenerse en cuenta que en la mayor parte de los sistemas de base objetiva existen circunstancias de exoneración que se inscriben en el elemento causal y que funcionan como mecanismos de escape o válvulas de seguridad de un objetivismo que, de otro modo, sería rígido y desnaturalizante o antisocial, puesto que llevaría a responder hasta del caso fortuito o la culpa de la víctima. Estas llaves de seguridad o válvulas de control de presión son la culpa de la víctima y la fuerza mayor, que cuando son demostradas por el responsable primario a título de riesgo, provocan su liberación.

Estas consideraciones llevan a que centre mi atención a la índole y características del deporte, a raíz de cuya practica la actora sufrió los daños cuya indemnización reclama, pues no se me escapa que en el año 2015 este Cuerpo hizo lugar a la demanda contra el mismo Club contra el que

aquí se acciona con motivo de los perjuicios sufridos a raíz de la muerte de un socio que practicaba futsal (fútbol de salón) en instalaciones del Club demandado, y que es el antecedente citado por el a quo en el fallo que se recurre, de lo que cabe concluir que existen deportes de alto riesgo que llevan implícito un serio riesgo para la vida, la salud o la integridad del participante (parapente, alpinismo, full contact, por ejemplo), de aquellos otros en que ese riesgo implícito se encuentra ausente y en los que alguna lesión o resultado dañoso sobreviene excepcionalmente (futbol, voleyball, etc.) (Trigo Represas-López Mesa op. Cit. página 780).

Un primer elemento se puede extraer de los términos de la Pericia de autos, obrante a fojas 273, en cuyas conclusiones el Perito sostiene que el Boulder, es una disciplina que se practica en todo el mundo, tanto en roca como en muros artificiales y la práctica de este deporte conlleva un riesgo intrínseco, ya que siempre existe la posibilidad de una caída. No resulta ocioso remarcar que los términos de la experticia se encuentran firmes y consentidos por las partes (artículos 475, 476 y 478 del Código Procesal).

Hay otros elementos probatorios que en autos dan cuenta del carácter riesgoso de esta actividad deportiva y a solo titulo de ejemplo he de citar testimonios rendidos en autos por personas que tienen acreditada experiencia y formación en esta actividad.

Así, a fojas 218/219 vta., declaró Juan Pablo Navarro Gómez, escalador Deportivo, profesor de Educación Física, guía de Montaña, y ex profesor de la Escuelita de Montaña Lacar. El testigo colaboró con el armado de la palestra que tiene una altura de 4,80 mts., lugar en que se practica la técnica de escalada deportiva, concretamente travesía, que son movimientos laterales que se realizan en el Boulder a una altura de 1,5 mts. del suelo más o menos, y al ser preguntado

sobre la habitualidad de caída de los alumnos del muro dijo que es parte del proceso de enseñanza de aprendizaje que los alumnos aprendan a volar o caer de manera correcta al colchón, y que es un accidente muy común que el alumno, al caer, rebota en el colchón y cae al piso del lado contrario al que está el cuidador (2da, 3ra. 6ta, y 17va preguntas).

Jesús Manuel Ibáñez Cross, que además de dirigente del Club practica el deporte, expresó que con la palestra se emula una pared de montaña difícil para desarrollar aptitudes que luego se aplican en la montaña (exterior), con una altura muy pequeña de entre 2 y 4 mts., y que cuando realiza la escalada en la palestra, donde la dificultad es superior, en algún momento se tiene que soltar, cayendo a la superficie donde inició la escalada y es donde están los colchones, agregando que es importante que los chicos aprendan a liberarse de la pared en la caída, es algo que es permanente, que quienes practican Boulder es habitual que se arrojen o caigan de la palestra a los colchones que eso es habitual todo el tiempo, una vez que el escalador culmina el recorrido hacia arriba de la ruta que está realizando, al finalizar se arroja a los colchones para finalizar la escalada (4ta y 7ma pregunta de su testimonio de fojas 231/232).

Otro testigo más, Diego Andrés Durán (fs. 242/243), también guía de montaña titulado, y que además ha competido en la palestra del club demandado también afirma que es habitual que los alumnos caigan o se tiren del muro a los colchones una vez finalizada la ruta de escalada, haciéndolo de forma libre (9na. Pregunta).

Analizada la prueba a la luz de la sana crítica (artículo 386 del Código Procesal civil) resulta notorio el carácter riesgoso de la actividad deportiva cuya practica seleccionó (en su momento, sus padres) la actora, en tanto, resulta ínsita a aquella el albur que supone alejarse de la superficie de un piso, elevarse horizontalmente, a través de

escalar una distancia considerable, el emulo de una pared montañosa, desplazarse por la misma en forma vertical para luego inevitable e invariablemente caer nuevamente al lugar desde donde había partido, por lo que no cabe excluir la contingencia cierta de sufrir golpes, contusiones, magulladuras u otro tipo de daño corporal como consecuencia de ello.

Por tanto, la elección de la actividad (sea por parte de la actora o en su momento de sus padres) ha implicado la aceptación por su parte de los riesgos (ínsitos en palabras del perito) que ella supone, con lo cual, al colocarse la víctima (o un tercero por quien el demandado no debe responder, articulo 1113 ultima parte del Código Civil) en esa situación, se produce la ruptura del nexo causal con el daño cuya indemnización se reclama, pues las personas que se avienen a practicar un deporte determinado, asumen los riesgos y peligros que éste entraña.

Así, se ha dicho que “la aceptación de un riesgo presupone una decisión libre de la víctima y siempre ésta, en alguna medida, ha asumido el riesgo o al menos ha debido representárselo y en consecuencia puede suponerse que lo ha aceptado…” (Cam. Ira CC San Isidro Sala I 25.11.86 “Olguín Mauricio c/ Club Sportivo Balcarce”, 987-1-386).

Por otra parte, Trigo Represas y López Mesa (op. cit. Pág. 796), al analizar los deportes peligrosos y aceptación del riesgo se hacen eco de lo resuelto por la jurisprudencia, en el antecedente “Gallipoli de Illanes Stella c/ Gobierno Nacional” (Cam. Nac. Fed. C.C. Sala II 14.7.78 Ed. 85-259), al afirmar que “…en caso de perjuicios sufridos en la práctica de deportes y juegos peligrosos, debe tomarse en consideración la circunstancia de la asunción del riesgo por la víctima, en conocimiento de sus propias limitaciones, en tanto se trata de un deporte voluntariamente ejercido por la damnificada, le corresponde asumir las consecuencias del peligro natural de la

actividad y del periodo de aprendizaje que lo agrava y por haber sido ella misma quien decidió, con conciencia de sus limitaciones y del riesgo que afrontaba, exponerse a éste…".

De compartirse estas consideraciones, habré de proponer entonces al Acuerdo se rechace la apelación interpuesta y se confirme el fallo recurrido en todas sus partes, imponiéndose las costas de esta instancia al apelante vencido (artículo 68 del Cód. Procesal) regulándose los estipendios profesionales en la forma de estilo (arts. 7, 9, 11, 15 y cctes. de la ley 1594).

Así voto.

A su turno, la **Dra. Gabriela B. Calaccio,** dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por el vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva de primera instancia y, en consecuencia, confirmarla en aquello que fuera motivo de agravios para la recurrente.

II.- Imponer las costas de Alzada a la apelante perdidosa, regulándose los honorarios de los letrados intervinientes en esta etapa recursiva en los siguientes importes: A los Dres. ... y ..., en el doble carácter de letrados apoderados y patrocinantes de la parte demandada, en conjunto y por partes iguales, en la suma de PESOS TREINTA MIL ($30.000,00); y a los Dres. ... y ..., en el doble carácter por la parte actora, en conjunto y por partes iguales, en la suma de PESOS VEINTIUN MIL ($21.000,00) (cfr. arts. 6, 7, 10,

11 y 15 de la L.A.). A los importes regulados deberá adicionarse el porcentaje correspondiente a la alícuota del I.V.A. en caso de que los beneficiarios acrediten su condición de responsables inscriptos frente al tributo.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente –a excepción de la citada en garantía- y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dr. Dardo W. Troncoso
Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara