En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de mayo del año dos mil veinticinco, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Dr. Julián Emil JALIL. y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"<Persona 3> C/ <Persona 5> y Otros S/ Daños y perjuicios" (Expte. N° 324 - Año 2024)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N° 9 /2021) en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Son Justos los honorarios regulados? **TERCERA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

1.- La sentencia de grado. La sentencia de grado admitió la demanda entablada por la Sra. <Persona 3> contra los Sres. <Persona 4> y <Persona 5> y <Persona 53> y condenó a éstos últimos y a la aseguradora, en el límite de la póliza, al pago a la primera de la suma de $ 17 485 733,55 (Diecisiete millones cuatrocientos ochenta y cinco mil setecientos treinta y tres Pesos con cincuenta y cinco centavos), en concepto de incapacidad física, gastos asistenciales y terapeúticos y daño moral, con más los intereses y su capitalización, indicados precedentemente, dentro de los Diez (10) días de quedar firme este pronunciamiento. Impuso las costas y reguló honorarios.

2.- Los agravios de la parte demandada. Se agravia en la atribución de responsabilidad por la lesión que sufriera la actora. Dice que el pronunciamiento señala en primer término que el presente caso se debe resolver bajo el prisma de la ley de defensa del consumidor: "…Por ello en

tanto la actora y los demandados revisten el carácter, uno de consumidor y los otros de proveedores de servicios, resulta de aplicación al caso la legislación que ampara los derechos del consumo, tal como lo establece el art. 3 de la ley 24.240".

Indica que luego de esta introducción que en principio es correcta, comienza el apartamiento de lo que sería un razonamiento lógico del derecho aplicable. Ya que en primer término se cita el siguiente articulo: "Esta norma, en su art. 5 establece que " Las cosas y 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…".

Refiere que tal como ha quedado demostrado claramente con los testimonios de los testigos ofrecidos tanto por esa parte demanda, como por la propia actora, surge a las claras que el servicio fue prestado en condiciones previsibles y normales de uso (todos los testigos coinciden en que el demandado <Persona 4> brindaba todas las instrucciones del caso) y está por demás claro que no había peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios, ya que ninguno de los restantes participantes de las clases aludió haber sufrido lesiones por descuidos o bien denunciado una falta de atención o cuidado por parte del responsable a cargo de la clase.

Luego señala el pronunciamiento atacado: "A su vez, el art. 40 de la citada ley indica que "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o el servicio…La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".

Indica que es aquí donde aparece el mayor error jurídico de la sentencia y que por ende conlleva necesariamente la necesidad de su revocación. Claramente el a quo confunde los conceptos jurídicos. Ya que pretende instalar que se estaba llevando a cabo uno actividad "riesgosa" y que por ello, de producirse un daño, existe responsabilidad objetiva.

Refiere que en estos autos se resuelve un reclamo derivado de los supuestos daños sufridos en el marco de la práctica de una actividad física no competitiva en un gimnasio y trataría particularmente sobre una supuesta lesión derivada de la omisión de determinadas diligencias exigibles para la prestación del servicio.

Dice que si bien la relación entre el usuario y el responsable del gimnasio es de naturaleza contractual (contrato de servicios o innominado), y en el marco de tal vínculo debe reputarse implícita una obligación de seguridad ello no implica necesariamente que ante la ocurrencia de un evento dañoso corresponda si o si el resarcimiento.

Manifiesta que si bien el servicio ofrecido y prestado constituye también una relación de consumo y por ende rigen a su respecto los especiales deberes de indemnidad y seguridad que dimanan de los arts. 5º y concordantes de la ley 24.240 (y sus modificatorias) y se corresponden a la directiva constitucional contenida en el art. 42 CN, estas circunstancias no implican lisa y llanamente que exista el deber de resarcir como se lo termina resolviendo en la sentencia recurrida.

Cita el art. 40 de la LDC. Advierte que claramente el articulo alude a que el daño debe provenir del "vicio o riesgo" en este caso del servicio, para lo cual se impone hablar de una actividad viciosa o riesgosa, lo que claramente no era el caso de marras.

Indica que distinto hubiera sido si la actividad que se desarrollaba en el gimnasio hubiera contado con antecedentes de habituales lesiones o accidentes de este tipo, o hubieran existido materiales del gimnasio que presentaran vicios (que se hubieran roto o desajustado).

Afirma que el citado artículo establece un régimen especial para los daños causados al consumidor por cosas o servicios riesgosos, extendiendo la responsabilidad a todos los sujetos que han intervenido en la cadena de producción o comercialización del producto o servicio, y estableciendo expresamente que el proveedor sólo se libera mediante la prueba de la causa extraña, pero eso en la medida en que en primer termino se trate de una actividad riesgosa. Aquí los participantes de las clases que testificaron en el expediente siempre se encargaron de aclarar que la actividad no era riesgosa por la dedicación y cuidado que el profesor a cargo dispensaba a los asistentes. Inclusive una testigo señaló que por ese cuidado que se ofrecía en el lugar y lo segura de la practica física, ella decidió en su momento enviar a su hijo menor de edad a que asistiera al gimnasio.

Refiere que el sistema de responsabilidad objetiva que dimana de los arts. 5º y 40 de la mencionada norma (al que puede añadirse el art. 10 "bis" para los casos de incumplimiento de la obligación principal), se aplicara en el caso de verificarse un daño al consumidor con motivo de la relación de consumo, solo en la medida en que se trate de una actividad riesgosa. En tal caso resulta lógico que la carga de la prueba quede a cargo del prestador y por ello, para eximirse de responsabilidad, deberá el proveedor demostrar el acaecimiento de un casus.

En ocasiones, el daño puede derivar de los implementos utilizados en la actividad física cumplida en el gimnasio y éstos puedan ser calificados como cosas riesgosas, más la cuestión debe resolverse según las reglas de la

responsabilidad contractual y en particular, en función de los especiales deberes de seguridad que conlleva el servicio comprometido.

De la prueba rendida en autos, resulta más que claro que no había actividad riesgosa y para ello bien vale citar los mismos aspectos que la sentencia resalto de los testimonios brindados por los testigos ofrecidos por ambas partes: “A fs. 150 declaró la testigo <Persona 37>, quien conoce a la actora de concurrir al mismo gimnasio. La dicente lo hace desde hace 6 años, aproximadamente. Describe el desarrollo de una clase: entrada en calor, después una rutina más fuerte y luego aeróbicos. Resalta que los responsables explican el ejercicio indicado, lo hacen y asignan a cada alumno el peso conforme su antigüedad en la práctica y posibilidades personales. Siempre en condiciones de seguridad. Refiere que, por esa razón, su hijo de 13 años comenzó en el gimnasio, porque lo cuidan. Conoce y practica el ejercicio “dominadas”, indica que la rutina es variada, se mueven todos los músculos y los ejercicios se adaptan según la edad” Dice que la testigo da cuenta de una actividad segura, no riesgosa.

Afirma que “La testigo <Persona 38> menciona que concurría al gimnasio y abonaba la cuota correspondiente, tanto a <Persona 4> como a <Persona 5>. En una de las clases que compartía con la actora, realizando un ejercicio que ya conocían, llamado “dominadas” y que el <Persona 4> les explicara nuevamente, escucha que <Persona 3> se cae. La testigo se encontraba de espaldas. Agrega que, junto a la actora ya concurrían, con anterioridad a otro gimnasio en el que practicaban Crossfit y realizaban el citado ejercicio. Reitera que en <Persona 55> siempre los profesores repetían las indicaciones para efectuar el ejercicio y la testigo nunca ha tenido inconvenientes” Indica que esta otra testigo, también se expide en el mismo sentido y claramente se

advierte que no existe actividad riesgosa que haga mutar la situación para poner el supuesto en un caso de responsabilidad objetiva.

Refiere que "La Sra. <Persona 14> expresa que asiste al <Persona 54>, desde hace 5 años. Cree que vio a la actora en dos oportunidades. Relata que en el gimnasio existe una rutina: el profesor comienza a explicar los ejercicios, da los primeros tres y les va recordando como realizarlos y los alumnos van preguntando. Ellos siempre dan las indicaciones. Relata que el día de la caída, <Persona 4> explicaba el ejercicio con <Persona 3> y en el momento en que cada alumno va a su lugar, <Persona 3> se cae. <Persona 4> estaba a su lado. Refiere que ella es competitiva y por ahí, arrebatada, en hacer más repeticiones. Menciona que los alumnos no están obligados a realizar los ejercicios. El profesor indica el ejercicio y cada alumno es responsable, el límite lo pone cada uno. Asegura que nunca les exigió más de lo que podían hacer. Siempre se imparten instrucciones. Agrega que el día de la caída estaban haciendo un ejercicio con banda y cajón, sintió un golpe y vio a <Persona 3> en el piso, dolorida. Era un ejercicio habitual, <Persona 4> ese día lo explicó y vio que asistía a la actora. Explica que se usa una barra y un cajón, se sube y se pone una banda, para ayudarse, si no se tiene mucha fuerza. Cree que en el caso de <Persona 3> algo con la banda pasó. Agrega que generalmente las mujeres usan banda. El cajón es de madera y se coloca según la altura del alumno, señala que es de 40 cm. aproximadamente. Siempre hay supervisión, los profesores están atentos a cada alumno y controlan que todos estén con sus elementos"

Sostiene que este testimonio también deja por demás en claro que la actividad se daba en un marco de absoluto control por parte del profesor a cargo, impartiendo las instrucciones del caso y supervisando la practica

deportiva. No hay un escenario de actividad riesgosa donde se llevan a cabo practicas peligrosas sin supervisión ni control alguno, sino todo lo contrario.

Agrega que “De otro lado, como testigo ofrecido por la parte actora, declaró el <Persona 20>, quien mencionó que concurre al <Persona 54>, desde hace, más o menos, 5 años y abona la cuota, generalmente, a <Persona 5>. La clase consiste en una entrada en calor, trabajo con barra de pesos, mancuernas y al final, una parte aeróbica. Explica que el ejercicio “Dominadas” consiste en colgarse de una barra y elevarse hasta que el mentón alcance o supere la barra. Es una rutina habitual. Los profesores siempre dan instrucciones. Los alumnos no están obligados a realizar los ejercicios. El testigo se encontraba presente el día de la caída, aunque no vio el accidente.

Refiere el testigo giró para hacer su rutina y luego ya vío a la actora en el piso. <Persona 4> estaba en el lugar. La actora tenía el cajón colocado, pero el dicente no vió como realizó el ejercicio. Asegura que ese día se dieron las instrucciones para la rutina”

Señala que este último testigo que cita el fallo recurrido también brinda un testimonio concordante en cuanto a que la práctica de la actividad en el gimnasio se encontraba debidamente supervisada y los ejercicios eran explicados por el profesor a cargo, con lo cual adoptando las prescripciones del profesional a cargo, no existía riesgo alguno en la práctica.

Concluye que no existiendo actividad riesgosa, no aplica el criterio de responsabilidad objetiva que parecería desprenderse del art. 40 LDC.

Indica que para advertir la sinrazón del pronunciamiento de primera instancia bien vale poner un ejemplo para demostrar el error en el cual se incurre: la actora dijo que oportunamente se desempeñaba como manicura, con lo cual si una persona al concurrir a su gabinete se tropezaba al ir al baño en el lugar y se golpeaba fuertemente sufriendo una fractura la actora era

objetivamente responsable y salvo que hubiera existido una cámara que demostrara que se cayó por un movimiento torpe, indefectiblemente la actora era responsable objetiva por la lesión de su cliente, alguien que fue a someterse a un tratamiento de manicura, no a escalar una palestra.

Señala que un razonamiento semejante tornaría cualquier actividad de prestación de servicios en inviable ya que por más que se tomen todos los recaudos para que una actividad sea segura y sin riesgos, cualquier imprudente que sufra una lesión puede ampararse en la responsabilidad objetiva para reclamar cualquier disparate.

Indica que corresponde destacar que no era la primera vez que la actora realizaba este ejercicio en esta modalidad y que en ese preciso momento varios de los demás asistentes estaban realizando el mismo ejercicio y con los mismos implementos.

Refiere que la actora cayó por su propio torpe accionar y no como consecuencia del hecho que el profesor le hubiera dado indicaciones peligrosas o hubiera omitido advertencias.

Menciona que lo cierto es que los alumnos/as que no podían y/o no querían hacer determinada actividad dentro de la clase, no estaban obligados a hacerlo. La caída que sufrió la actora en el ámbito del gimnasio no fue por las circunstancias relatadas en el escrito de demanda, sino que lo que provocó el resultado fue su propia conducta -con los caracteres de objetiva y absoluta-, y por ende el suscripto se encuentra eximido de responder

Dice que el hecho ocurrió por la falta de cuidado y/o atención en el accionar de la propia víctima y su exclusiva responsabilidad en la producción del accidente.-

Señala que siempre se cuidó y vigiló la actividad que estaba realizando la actora y demás alumnos como asimismo asistió tanto en el preciso

momento de la caída a la actora como después del suceso.

Dice que es totalmente absurdo el reclamo que efectúa la actora, pues ella fue la única responsable por la caída, ya que ninguno otro alumno del gimnasio ha sufrido algo semejante en todos estos años de práctica.

Agrega que un hecho traiga aparejada responsabilidad civil deben estar presentes indefectiblemente los cinco elementos que lo componen y ante la carencia de alguno, estaremos fuera de la órbita de la misma.-

Explica que como se acreditó en autos con los testimonios antes referidos, el demandado <Persona 4> cumplió con todas las obligaciones que se encontraban a su cargo, actuando con total diligencia en lo que respecta a las actividades que se desarrollaban en el gimnasio, especialmente dentro del ámbito donde se llevaba a cabo la clase en donde la actora se lesionó.

Indica que es evidente que la imprudencia de la víctima y la falta de contemplación de las advertencias efectuadas por el profesor en el ejercicio que estaba realizando coadyuvaron para la ocurrencia del evento.

Señala que fue el accionar de la propia víctima la causa exclusiva de la ocurrencia del hecho dañoso, único caso en que podía excusar totalmente de responsabilidad de la parte demandada, no caben dudas de que este accionar está presente y que la conducta de la parte actora fue totalmente reprochable, sino de lo contrario el hecho nunca hubiera ocurrido, máxime cuando todos lo elementos de trabajo estaban en condiciones para la realización de la actividad física en cuestión, es decir no existió riesgo o vicio en el instrumento utilizado para tales fines.- ello hubiera acontecido si por ejemplo la barra de la cual se debía colgar la actora hubiere cedido, si la banda elástica que se colocaba para ayudar se hubiere cortado, etc.

Señala que ante este supuesto, la conducta culpable de la actora habría motivado la producción del supuesto evento dañoso. En definitiva, habría

existido culpa de la víctima, de entidad suficiente y naturaleza tal que, eximiría totalmente de responsabilidad a los demandados.-

Aduna que nos encontramos ante un hecho que de haber sucedido, es posiblemente consecuencia del obrar imprudente y/o negligente de la propia actora, existiendo en tal caso, culpa de la víctima.- "El deber de seguridad y control que pesa sobre la empresa demandada no puede extenderse a aquellas situaciones que no se encuentran encuadradas dentro de los límites normales y previsibles, es decir, que no puede ampliarse hasta el límite de asegurar la indemnidad de las personas que con actitudes temerarias, rayanas en el desprecio por la propia vida se colocan en una situación tal que el daño inevitablemente debe producirse".

Señala que es habitual encontrar la idea de la asunción de riesgos en los daños deportivos, la jurisprudencia ha hecho una vasta aplicación de este criterio, en este sentido se dijo que el aprendizaje de un deporte riesgoso hace presumir, por si mismo, la asunción implica del riesgo normal y habitual por quien se somete voluntariamente a la práctica, pues también la prudencia, diligencia y aun la destreza propia del alumno juegan un rol importante para evitar la producción de daños.

Se agravia asimismo en los rubros indemnizatorios que se fijan ya que claramente no se compadecen con las probanzas de autos y en otros casos lo resuelto por el a quo es arbitrario por violar el principio de congruencia y resolver ultra petita, implicando una grave afrenta al derecho de propiedad y al derecho de defensa en juicio de sus mandantes, ambos consagrados constitucionalmente.

En primer lugar, se advierte que al tratarse el porcentaje de discapacidad y aplicar la formula Méndez, se utilizan distintos valores de incapacidad,

señala por un lado una incapacidad del 12% para luego aplicar la formula invocando un 14% que no se sabe de dónde se extrae.

En segundo lugar, la sentencia incurre en una palmaria violación al principio de congruencia, por cuanto incurre en un claro ejemplo de vicio de ultra petita.

Como se puede ver en un solo párrafo existe una contradicción evidente: considerar la "sumatoria de las remuneraciones percibidas durante el año anterior al accidente o daño sufrido" versus "el importe del SMV y M vigente al dictado de la presente sentencia.

Dice que son conceptos completamente diferentes. En el caso de autos, la parte actora expresamente solicitó en su demanda: "A los fines de calcular el resarcimiento dinerario por incapacidad fisica y psíquica, siguiendo la preceptiva del art. 1746 del CCyCN, utilizo la fórmula de matemática financiera "Mendez" […] y por ultimo, el importe que corresponde al salario mínimo, vital y móvil vigente a la fecha del accidente ($12.500)" Es decir que fue la propia parte actora la que ha señalado que correspondía aplicar la formula "Méndez" utilizando como un término de la misma el SMVM que se encontraba vigente a la fecha del accidente.

Señala que lo decidido por la a quo es por lo tanto violatorio del principio de congruencia ya que lógicamente concedió algo que estaba más allá de lo solicitado por la parte actora y por ende se viola de manera flagrante el derecho de defensa en juicio y el debido proceso.

Refiere que, en nada obsta a lo aquí decidido, que invoque lo resuelto por esta Cámara de Apelaciones en el precedente 05/2024 SDC recaído en autos "<Persona 44>, <Persona 35>/ <Persona 30>, <Persona 8> y otro S/ Daños y perjuicios".

La propia sentencia de primera instancia dice en el enunciado de la formula

que se debe tomar "…la sumatoria de las remuneraciones percibidas durante el año anterior al accidente o daño sufrido por el trabajador…".

Dice que en primer lugar se enuncia la fórmula de tal manera y luego se la modifica en su componentes. Por otra parte, el criterio que se expone en la Sentencia 05/2024 SDC es diametralmente opuesto a lo sostenido por la propia Cámara de Apelaciones en el pronunciamiento Nº 60/2023 SDC. En este último fallo del mes de diciembre de 2023, frente al cuestionamiento de una de las variables de la formula "Méndez", en este caso la edad máxima a considerar, se resolvió lo siguiente: "Pero la cuestión amerita un análisis cognitivo más profundo. Al respecto, debo señalar que la naturaleza de las fórmulas de cuantificación de las indemnizaciones es esencialmente instrumental. "Desde esta arista, las fórmulas matemáticas financieras constituyen una herramienta valiosa que permite estandarizar las etapas del razonamiento seguido a la hora de cuantificar explicitando criterios, con el objeto de uniformar la jurisprudencia. Todo ello redunda en la maximización de la seguridad jurídica. "El expandir el espectro de datos estadísticos a partir de los cuales debe ser establecido el numerador de la variable "edad", supone la aceptación en la etapa de prueba, de evidencia externa al razonamiento lógico establecido por los tribunales que idearon originariamente las fórmulas; evidencia esta que hasta el momento no forma parte de la justicia intrínsecamente contenida en la fórmula, la cual reposa en una presunción de tiempo de vida del ser humano general.

Cita jurisprudencia de esta Cámara.

Señala que el referido pronunciamiento es más que claro: si se utilizan formulas no se puede modificar sus componentes que sirven para estandarizar las decisiones. En el caso de marras no se puede cambiar el concepto "salario vigente al momento del infortunio" por el salario vigente

al momento de la sentencia aun cuando se pretenda invocar para tal efecto el art. 772 CCCN -el cual ni siquiera fue invocado por la parte actora al demandar-, sin perjuicio de la obligación que le impone el Código Procesal de invocar el derecho en el cual funda su pretensión.

Es por lo expuesto que corresponde dejar sin efecto el referido aspecto y y para el caso de admitirse la demanda, que el cálculo sea efectuado tal como se solicitó a partir de la formula "Méndez" y utilizando el SMVM vigente al momento del hecho y no el de la sentencia.

Se agravia asi mismo, en la cuantificación del daño extrapatrimonial, en tanto el fallo refiere que "A los fines de establecer la indemnización, a falta de otros indicadores, tanto en estas actuaciones como en el Beneficio de Litigar sin Gastos, considerando las particulares circunstancias de este caso y a falta de otras pruebas, he de establecer la suma de $ 5 000 000, importe que le permitirá a la accionante obtener el goce de un bien equivalente a su sufrimiento, ya sea un viaje por el país con sus hijos, por ejemplo, o adquirir un bien, a su elección, que le permita desarrollar sus actividades cotidianas".

Señala que más allá del margen de discrecionalidad con el cual se pueden manejar los jueces a la hora de estimar daños, en el presente caso la ausencia de un razonamiento fundante al monto fijado es insólita.

Dice que con el fundamento expresado, bien se podrían haber fijado $10.000.- o $100.000.000.- En la sentencia se hace mención a "un viaje por el país con sus hijos" sin que obre en autos prueba que acredite que la actora tenga hijos. Como también que se le otorga una suma "le permita desarrollar sus actividades cotidianas" ¿y cuales son sus "actividades cotidianas"?

Señala que la arbitrariedad con la cual se pone una suma en concepto de daño moral es pasmosa y en este caso pretender que la referida suma se retrotraiga como daño al momento del hecho para que devengue intereses desde

entonces, agrava aun más el carácter de preocupante de este tipo de pronunciamientos totalmente arbitrarios. Refiere que no existe ni un solo parámetro para advertir si la suma concedida es razonable o no.

Menciona que la actora demandó por este concepto $250.000.- y la sentencia condena a pagar una suma 20 veces superior con más intereses.

Manifiesta que el referido rubro corresponderá ser reajustado a parámetros razonables y que encuentren fundamento en probanzas rendidas en autos, ya que apartarse de tales parámetros redundaría en un despojo de la propiedad de los demandados, vedado por la Constitución Nacional.

3.- Los agravios de la citada en garantías. Se agravia en las siguientes cuestiones: 1) en cuanto atribuye el daño de la actora a riesgo o vicio de la cosa y por ende resulta aplicable el deber de seguridad hacia el consumidor; 2) en cuanto, tácitamente, atribuye el hecho a un defecto del servicios; 3) en subsidio, porque toma para la configuración de la fórmula, una incapaci-dad del 14% cuando el perito médico otorgó un 12% de incapacidad.

Indica que la juez de grado atribuye responsabilidad al asegurado extensible a su mandante, por cuanto debe responder por el vicio o riesgo de la cosa. El marco normativo, art. 40 de la LDC, consagra un sistema de responsabilidad objetiva en el cual el factor de atribución es el vicio o riesgo de la cosa (o del servicio prestado) de manera tal que la víctima solo debe acreditar el daño sufrido y la relación de causalidad entre este último y la cosa en cuestión, prescindiendo de la prueba de la culpa del legitimado pasivo. O sea que, para hacer jugar la responsabilidad objetiva indicada, el consumidor damnificado debe probar el defecto, el daño y la conexión causal entre aquel y este,debiendo el presunto responsable para exonerarse total o parcialmente de esa responsabilidad objetiva, acreditar la culpa de la

víctima, el hecho de un tercero por quién no debe res-ponder o el caso fortuito ajeno al producto o cosa que fracture la relación de causalidad (CNCom. Sala B, “Saur S.A. y toro vs. Renault Argentina S.A. y otro s/ordinario.

Agrega que la cosa debe tener vicio o riesgo y demostrado por el actor y ya concretamente en el caso presente, es indudable, que la Sra. Juez incurre en auto contradicción, pues luego de analizar los testimonios de la demandada que hubo responsabilidad del asegurado sin que exista prueba alguna demostrativa del vicio de la cosa que utilizaba la actora en su ejercitación dentro del gimnasio. Una cosa es riesgosa por naturaleza cuando aun de su empleo normal o conforme con su estado, se puede habitualmente derivar un peligro a terceros, cuando tienen una potencialidad de daño “per se” con prescindencia del medio en el cual se emplea.

Indica que la prueba a cuyo cargo está del consumidor, pues al vicio o riesgo de la cosa no se presume, nada ha acreditado al respecto limitándose a señalar que, ejercitando al colocar el pie en la banda elástica, el profesor la soltó en el momento que pretendía impulsarme hacia arriba, lo que hizo que cayera. Es claro entonces que no existe acreditado ni riesgo ni vicio de la cosa y en esta cuestión, la sentencia debe ser revocada que, dicho sea de paso, recurre a generalidades para arribar a una condena elevadísima y sin sustento.

Como segundo agravio señala que si el daño fue producto de un defecto en el servicio por parte del demandado, es entonces meridianamente claro que la Sra. Juez incurre en abierta contradicción con sus propios considerandos.

Refiere que todos los testigos que declararon en la causa, los que cita la propia sentencia: <Persona 37>, <Persona 38>, <Persona 14>, <Persona 29>, son contestes en que el profesor explicaba el ejercicio, que no era obligatorio

el efectuarlo y que es una práctica habitual siempre bajo las instrucciones de los profesores.

Agrega que quedó claro también que la accionante había efectuado el ejercicio en ocasiones anteriores y también que por años lo había hecho en otro gimnasio en compañía de <Persona 38> y <Persona 14> afirmó que <Persona 4> "explicaba el ejercicio con <Persona 3> y en el momento en que cada alumno va a su lugar, <Persona 3> se cae. <Persona 4> estaba a su lado y cree que la actora es una persona arrebatada.Es decir que nada es demostrativo de un defecto en el servicio y por el contrario su <Persona 4>, se encontraba al lado de la actora cuando esta cayó.

Sostiene que quien debía demostrar el defecto en la prestación del servicio, es la actora y no el accionado como lo pretende la Sra. Juez. Sería muy sencillo argumentar que cualquier cosa tenía un vicio o que un servicio fue mal prestado, sin demostrar su aseveración.

Manifiesta que si cayó la actora, es por su propia torpeza, es decir por su culpa o mejor por su hecho, e insiste que nada probó ni intentó probar la demandante, ya sea el vicio de la cosa o la mala prestación del servicio pues solo se limitó a decir que cayó. La demanda señala que se le explicó que debía poner un pie en la banda elástica para impulsarse hacia arriba, cosa ya conocida por la demandante que había hecho el mismo ejercicio en otras oportunidades.

Concluye que en la confusa redacción de la demanda y el acogimiento de la misma por el simple hecho de argumentar un deber de seguridad, no puede extraerse responsabilidad del proveedor de servicio, sino que la actora cayó al suelo por su propia torpeza; obsérvese que no se refirió la acción a defectos o vicios de la cosa ni a defectos en la provisión del servicio.

En subsidio se agravia la sentencia en cuanto, toma como incapacidad de la

actora un 14% cuando en realidad el perito otorgó un 12%. Como consecuencia, la fórmula correcta y el resultado correcto por incapacidad sobreviniente, es el siguiente: $ 10.613.660,18 Es decir que el monto correcto por incapacidad sobreviniente es de $ 10.613.660, 18.- y no el de $ 12.382.603,55.- que fue el monto de condena. Debe pues V.E., revocar la sentencia en esta cuestión, sin perjuicio de lo expuesto más arriba.

4.- Los agravios de la parte actora. Se agravia la parte actora en que la sentencia omite otorgarle carácter concurrente a la responsabilidad de las demandadas y la citada en garantías.

5.- Suficiencia de los agravios. Los agravios vertidos por las apelantes, refieren a la parte del fallo que ponen en crisis, e indican los errores del judicante de grado que son considerados como causa eficiente de dichos agravios, por lo tanto, constituyen una crítica suficiente, concreta y razonada de la sentencia de grado, en los términos del art. 268 del CPCC lo que habilita su estudio.

6.- Metodología empleada para el tratamiento de las cuestiones. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p.

1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario.

7.- Tratamiento de los agravios de la parte demandada. Los vínculos jurídicos de la accionate con el Sr. <Persona 4> y con el Sr. <Persona 5> <Persona 5>.

7.1.- El vínculo jurídico contractual con el Sr. <Persona 4>. El apelante explica que tal como ha quedado demostrado claramente con los testimonios de los testigos ofrecidos tanto por su parte demanda, como por la propia actora, surge a las claras que el servicio fue prestado en condiciones previsibles y normales de uso (todos los testigos coinciden en que el demandado <Persona 4> brindaba todas las instrucciones del caso y está por demás claro que no había peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios, ya que ninguno de los restantes participantes de las clases aludió haber sufrido lesiones por descuidos o bien denunciado una falta de atención o cuidado por parte del responsable a cargo de la clase.

Entiendo que si bien existe una relación de contenido contractual entre <Persona 4> y la accionada (art. 1027 del CCCN), la misma no se rige por las normas del derecho del consumo, pues éste no es propietario del establecimiento en donde se produjo el daño, ni obtiene ventaja patrimonial de su explotación económica.

Bajo este encuadre normativo, la orfandad probatoria en torno al hecho en esta particular situación, redunda a favor del demandado pues al extraerse la relación jurídica del plano consumeril, corresponde atribuir un factor subjetivo de responsabilidad cuya carga de la prueba reposa en la accionante (art. 377 del CPCC, 1721 1724, 1743 y 1736 del CCCN).

Así, se ha señalado que no puede atribuirse responsabilidad en la caída de la actora a la profesora de gimnasia, desde que no ha quedado acreditado el factor subjetivo de atribución de responsabilidad (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala "G. J. B. O. D. c/ M. N. E. H y otro s/ daños y perjuicios", sent. del 23-ago-2021, MJ-JU-M-134405-AR | MJJ134405 | MJJ134405).

Por lo tanto, corresponde revocar la sentencia de grado en esta parcela y rechazar la acción contra el demandado Sr. <Persona 4>.

7.2.- El vínculo contractual de consumo de la actora con <Persona 5>. Ahora bien, la relación entre el propietario del establecimiento y quien transita dentro del lugar y utiliza sus instalaciones es la de un usuario involucrado en una típica relación de consumo, en donde la obligación de seguridad se impone con especial fuerza y la obligación de seguridad tiene una orientación tutelar preferente dirigida al consumidor o usuario como destinatario (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I, 14/05/2019, Sarmiento, <Persona 21> c. <Persona 26>, <Persona 15>/ D. y P. derivados de la responsabilidad extracontractual

de particulares, LLPatagonia 2020 (febrero) , 3 Con nota de <Persona 2> 2020VII, 67 Con nota de <Persona 2>, TR LALEY AR/JUR/33059/2019).

7.3.- Consecuencia de la relación contractual de consumo. Aplicación de la obligación de seguridad (art. 5 de la LDC). 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).

Corresponde recordar que la LDC establece que los 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 usuarios (art. 5 de la LDC).

La obligación de seguridad tiene una orientación tutelar preferente dirigida al usuario como destinatario de servicio que brinda el gimnasio. El deber de custodia que recae sobre el proveedor abarca prestaciones tales como la vigilancia permanente, y toda otra medida que dentro del deber de custodia pueda caber a los efectos de resguardar la seguridad (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén, "R., S. A. c. <Persona 56> S.A. y otros", 22/05/2018, cita online: AR/JUR/25471/2018).

Bajo estos argumentos, constatada la obligación de seguridad en cabeza del empresario, no corresponde a la víctima probar la mecánica del ejercicio y los déficit del mismo para poder responsabilizar al dueño del establecimiento, bastando con comprobar que ha padecido algún daño dentro del lugar, para que se invierta la carga probatoria.

7.4.- La carga de la prueba. Como vengo explicando el deber de seguridad (fundamento de la atribución objetiva de responsabilidad) importa que la persona realice la actividad física sana y salva dentro del establecimiento. En este maco, las características de la actividad y la conducta de la víctima detentan un aspecto trascendente a los fines de la imputación o exoneración de la responsabilidad civil.

Según prescribe el art. 53, LDC, los proveedores deben aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio, debido a su superioridad técnica, la cual le permite, asimismo, contar con cierta superioridad jurídica y un fácil acceso a extremos relevantes para liberarse de responsabilidad propia y/o para fundar la ajena. (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I, 14/05/2019, Sarmiento, <Persona 21> c. <Persona 26>, <Persona 15>/ D. y P. derivados de la responsabilidad extracontractual de particulares, LLPatagonia 2020 (febrero) , 3 Con nota de <Persona 2> RCyS 2020-VII , 67 Con nota de <Persona 2>, TR LALEY AR/JUR/33059/2019).

Teniendo en cuenta que la prueba testimonial recolectada en autos refiere a las clases "*en abstracto*" y no puntualmente a la mecánica del "*hecho*" objeto de las presentes actuaciones, y que bajo estas mismas circunstancias tampoco se ha podido comprobar el hecho de la víctima como eximente de la responsabilidad objetiva, la imputación de responsabilidad efectuada por la *a quo* resulta ajustada a derecho.

7.5.- El porcentaje de incapacidad. A poco que se analice puede advertirse que asiste razón al apelante en torno a que el porcentaje de incapacidad es del 12 % y no del 14 % como ha utilizado la Sra. Magistrada a quo en la

formula, por lo que corresponde revocar parcialmente la sentencia, y ordenar que se establezca en la etapa de ejecución de sentencia, el porcentaje del 12 % para calcular la incapacidad.

Agrego que no puede entenderse que el 2 % es en concepto de incapacidad psíquica, pues es la propia judicante de grado quien ha referido que se trata de una incapacidad que no es definitiva y será valorada en otro rubro resarcitorio.

7.6.- El SMVyM a la fecha de la sentencia. Si bien asiste razón al apelante en torno a que la parte actora expresamente pidió que se utilice el salario vigente al momento del accidente, tiene dicho nuestro Tribunal que entre el principio de congruencia y el principio de reparación plena de fuente constitucional debe prevalecer éste último (CSJN, "Grippo, <Persona 16>; <Persona 11> y otros c. <Persona 43>, <Persona 22> y otros s/daños y perjuicios (acc. trán. c. les. o muerte)", 02/09/2021, TR LALEY AR/JUR/134520/2021).

Insisto, aunque ambos apotegmas gozan de andamiaje constitucional, el principio de la reparación plena pone a la persona humana como eje del sistema normativo, por lo tanto ante una tensión de derechos constitucionales el referido dogma debe prevalecer (A mayor abundamiento ver: CSJN, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688", Sup. Especial La Ley 2004 (septiembre), 39; DJ 29/09/2004, 339; DT 2004 (septiembre), 1286; DJ 06/10/2004, 394; RCyS 2004IX, 122; ED 25/10/2004, 5; DJ 10/11/2004, 798; IMP 2004-21, 131; TySS //2004, 778).

En este sentido, en un país con los índices inflacionarios existentes, el SMVyM actualizado constituye un parámetro cuantitativo mínimo que sirve de guarismo para completar la variable de la fórmula utilizada para cuantificar el daño (ver: CAPM, en autos. "<Persona 44>, <Persona 35>/

<Persona 30>, <Persona 8> y otro s/ Daños y perjuicios", Expte. 275/23, sent. del 26/03/23, 05/24), por lo que el agravio será desestimado.

7.7.- Cuantificación del daño extrapatrimonial. Debo precisar que la cuantificación del daño extrapatrimonial representa uno de los aspectos más controvertidos en materia indemnizatoria. No obstante ello, el Código Civil y Comercial, ha incorporado pautas claras en la materia. Dice ese cuerpo normativo que la indemnización debe fijarse ponderando las *satisfacciones sustitutivas* y *compensatorias* que pueden procurar las sumas reconocidas (ver art. 1741 del CCCN).

Lo que hay que medir en números no es el daño sino las satisfacciones que puede lograr cada indemnización. Resulta necesario, -entonces-, encontrar esa comparación que sirve de guía en la difícil tarea de darle contenido aritmético a la lesión extrapatrimonial.

En ese orden de ideas, como bien advierte GONZÁLEZ ZAVALA, se presupone "individualizar los medios de goce a conceder" e "identificar los bienes con los cuales se va a suministrar el consuelo". Se trata de explicitar el valor de ciertos bienes y de ciertos servicios en contextos cambiantes. (Ver: GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M. "Satisfacciones sustitutivas, y, compensatorias", RCCyC 2016 (noviembre), 38, AR/DOC/3436/2016. Ver asimismo: SAPPIA, <Persona 12>, <Persona 40>, <Persona 23>, "La reparación integral del daño. Su consolidación en la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012", RCyS, 2013-9 121. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Cuánto por daño moral*. T. 5 A, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 61. JALIL, Julián Emil. *Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios*. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 2020.).

Es decir, de brindar un parámetro *objetivo* que el judicante pueda ponderar al momento de cuantificar el daño extrapatrimonial sufrido, y como justamente el sufrimiento o padecimiento sentimental del actor se vincula con el monto.

A poco que se analice puede advertirse que la Sra. Magistrada de grado ha omitido esa manda legal y prescindido de su aplicación, pues no especifica el tipo de viaje, su contenido, los días y tampoco el valor preciso que determine la posibilidad comparativa, quedando con escasa fundamentación la cuantificación.

Ahora bien, la quejosa ha incurrido en la misma falencia técnica pues no ha referido parámetro objetivo alguno a los fines de criticar el monto tal como lo exige la manda del art. 1741 del CCCN, se ha sustentado en apreciaciones dogmáticas, lo que sella su suerte adversa.

8.- Tratamiento de los agravios de la citada en garantías.

8.1.- El art. 40 de la LDC. El apelante hace un embate en torno a la falta de aplicación del art. 40 de la LDC, con el cual coincido, pues la responsabilidad emerge del incumplimiento del art. 5 de la LDC, más específicamente de la obligación de seguridad que pesaba sobre el dueño del gimnasio.

Pero a poco que se analice puede advertirse que, -aun de una manera promiscua-, la sentencia basa su pronunciamiento también en el art. 5 de la LDC, y tal como ya señalé, tratándose de una actividad riesgosa que pone en jaque la obligación de seguridad (art. 5 de la LDC) la mecánica (art. 257 del CCCN), y/o conducta eximente por el hecho de la víctima (art. 1729 del CCCN) debió ser acreditada por las partes demandadas (art. 53 de la LDC) y no por la accionate.

8.2.- Las testimoniales. Tal como explique con anterioridad, la prueba de la mecánica del accidente estaba a cargo de las partes demandadas, pues son quienes detentan el lucro económico por dicha actividad (art. 53 de la LDC) y se encuentran en mejores condiciones para describirla y especificar las causas del desenlace.

En este marco, de las testimoniales referidas por la quejosa solo puede extraerse señalamientos *abstractos* en torno al modo correcto de explicar las actividades y la falta de obligatoriedad referida a la realización de los ejercicios, pero no existe una prueba testimonial concreta que describa lo que aconteció en el momento del hecho que produjo los daños motivo de la presente causa judicial.

Bajo esta arista, la falta de elementos probatorios recae en detrimento de las partes demandadas pues, -al quedar acreditado que el hecho ocurrió en las instalaciones del gimnasio-, recaía sobe estas última acreditar la mecánica del accidente, para justificar que no se haya incumplido con la obligación de seguridad o que el hecho sea imputable a la víctima.

8.3.- La incapacidad del 12 %. En cuanto a la queja por el porcentual de incapacidad, asiste razón al apelante, por lo que corresponde revocar parciamente la sentencia en esta parcela, ordenando que se establezca en la etapa de ejecución de sentencia, el porcentaje del 12 % para de incapacidad.

9.- Los agravios de la parte actora. Carácter concurrente del deber de resarcir: El art. 850 del CCCN señala que son obligaciones concurrentes aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes.

En este marco, ilustraba el maestro español <Persona 9> <Persona 9> que el lado activo, tanto como el pasivo, de la obligación puede estar integrado por

una sola persona, que es el fenómeno común y corriente, como por varias, dándose entonces lugar a las llamadas obligaciones pluripersonales, las que pueden provenir tanto del lado del crédito, como de la deuda, como de ambos polos a la vez. (<Persona 9>, <Persona 9>. *Tratado de derecho civil español. Obligaciones y contratos*. Tomo IV. Vol. I. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 36).

Al respecto, afirman <Persona 41> y CHABAS que todas las obligaciones no obedecen a las mismas reglas, ni en cuanto a su creación, ni en cuanto a sus efectos. Las diferencias en cuanto a su formación se explican por la diversidad de sus fuentes, las relativas a sus efectos por la diversidad de sus objetos (<Persona 41>, <Persona 47>, <Persona 41>, <Persona 50>, <Persona 41>, <Persona 51>, CHABAS, <Persona 34>. *Derecho Civil. Obligaciones*. Trad. <Persona 24>. Tomo I. Ed. Zavalia. Pág. 23).

En el ámbito del derecho de daños, y teniendo en consideración la primigenia diferencia que hacían los maestros franceses, se puede señalar que el enlace de varios sujetos con relación al deber de responder puede tener su fuente en obligaciones solidarias o concurrentes, derivando de cada una de ellas consecuencias jurídicas divergentes.

Bajo estos parámetros, corresponde hacer lugar al recurso y disponer que las responsabilidades del demandado y de de la aseguradora son "concurrentes" en los términos de los arts. 850 y 1751 y cc. del CCCN.

10.- Conclusión. Corresponde, en consecuencia, hacer lugar parcialmente al recurso incoado por la parte codemandada <Persona 4> y rechazar la acción incoada en su contra.

Por su parte, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso incoado por la parte demandada y citada en garantías y revocar parcialmente la sentencia

de grado, ordenándose que se establezca en la etapa de ejecución de sentencia, el porcentaje del 12 % para calcular la incapacidad.

Asimismo, corresponde hacer lugar al recurso incoado por la parte actora y disponer que las responsabilidades del demandado y de la aseguradora son "concurrentes" en los términos de los arts. 850 y 1751 y cc. del CCCN.

11.- Readecuación de honorarios y costas. Toda vez que lo decidido, modifica de manera sustantiva la sentencia de grado corresponde readecuar las costas y los honorarios regulados en la primera instancia (art. 282 del CPCC).

En este marco corresponde imponer las costas de Primera Instancia por la pretensión incoada por la actora contra el Sr. <Persona 4> a la accionate vencida y elevar los emolumentos del letrado <Persona 7> por la representación del referido demandado al 18 % del monto resultante.

12.- La imposición de costas en la alzada. La imposición de costas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, <Persona 48> y Mar S.A. c. <Persona 36> José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, “Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP DGI”, 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, “Club ciudad de Buenos Aires asociación civil”, 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, “<Persona 8>, <Persona 17> y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros”, 19/04/2010, La Ley

Online, AR/JUR/15518/2010), ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

Bajo este criterio, y teniendo en cuenta el resultado al que se ha arribado luego del acogimiento parcial del recurso, considero que corresponde imponer las costas *por el recurso interpuesto por la parte demandada* en un 60 % a la parte actora y en un 40 % a la parte demandada; por el *recurso interpuesto por la citada en garantías* en un 20 % a la parte actora y en un 80 % a la citada en garantías; y *por el recurso interpuesto por la parte actora* a las parte demandada <Persona 5> y a la citada en garantías (conf. arts. 69 y 72 del CPCC).

12.- La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (cfr. art. 46 Ley XIII N° 4).

Teniendo en cuenta el destino de los agravios planteados y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde fijar los honorarios *por el recurso interpuesto por las partes demandadas* del letrado <Persona 7> en un 32 % y del letrado <Persona 8> en el 30 %; por el *recurso interpuesto por la citada en garantías* de los letrados <Persona 25> y <Persona 1> en el 28 %, y del letrado <Persona 8> en el 30 %; y *por el recurso interpuesto por la parte actora* del letrado <Persona 8> en el 35 %. En todos los casos sobre las cantidades fijadas en la Instancia anterior con más el IVA si

correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia – Agravios

En el voto precedente el Sr. Juez Dr. Julián Emil Jalil ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por las recurrentes, por lo que no resulta necesario abundar acerca de dichos aspectos. En consecuencia, en los apartados siguientes abordaré directamente las cuestiones planteadas por las partes apelantes como fundamento de los recursos que les han sido concedidos.

2 – Advertencia preliminar

Es menester efectuar una advertencia preliminar: en el estudio y análisis de los agravios he de seguir el rubro de la Corte Federal y de la buena doctrina interpretativa. En efecto, claro está que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (ver CSJN, "Fallos": 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; FASSI – YAÑEZ, *"Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado"*, T. I, pág. 825; FENOCCHIETO – ARAZI, *"Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado"*, T. 1, pág. 620). Asimismo, en sentido análogo,

tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 386, in fine, del ritual; CSJN: 274:113; 280:3201; 144:611) (conf. CNCiv., Sala B, 28/12/2016, *"Boc, P.A. c. <Persona 45>, I.G. y otros s/ daños y perjuicios"*, LLOnline AR/JUR/93783/2016).

3 – <u>Tratamiento del agravio de la parte actora</u>

<u>Necesidad de declarar "concurrente" la responsabilidad de los condenados</u>

En su agravio plantea la accionante que los demandados y la citada en garantía debieron ser condenados de manera "concurrente", lo cual no ha ocurrido y de allí su queja.

Ha dicho reiteradamente este Cuerpo --ante planteos similares— que las obligaciones emergentes de la relación entre los copartícipes y los responsables indirectos de un cuasidelito son de las llamadas *in solidum*, las que se caracterizan porque varias personas adeudan al acreedor la misma prestación sin ocupar la posición de deudores solidarios, esto es, tienen un mismo objeto, aunque diversidad de causa y de deudor (conf. SCBA, 15/06/99, JA 2000-I-531; ED 184-629).

En las llamadas obligaciones *in solidum*, concurrentes, conexas, indistintas o convergentes, media la presencia en esa relación jurídica obligacional de un solo acreedor con identidad de objeto debido, y distinta causa y deudor; a diferencia de lo que sucede en la obligación solidaria, que es por naturaleza una relación jurídica única, en las concurrentes se encuentra una pluralidad de obligaciones que presentan caracteres comunes, y siendo que el objeto debido es el mismo para todas las obligaciones concurrentes, bastará que uno de los deudores lo pague para que opere la cancelación de todas las deudas concurrentes.

En razón de lo expuesto, las responsabilidades del autor del ilícito y del asegurador (citada en garantía, en el caso) son un claro ejemplo de obligaciones "concurrentes". Es que en estas obligaciones la responsabilidad reconoce distintas causas para todos los codemandados, las que generan diversos deudores que deben reparar a un único acreedor cit.).

Atento lo expuesto, corresponde admitir la queja y disponer que la condena impuesta a la parte demandada y a la citada en garantía es "concurrente" (conf. esta Cámara, in re *"<Persona 57> Otra s/ Accidente"*, Expte. N° 59/2012; entre otras).

4 – <u>Tratamiento conjunto de los agravios de la demandada y de la citada en garantía</u>

4.1 – <u>La responsabilidad por las consecuencias del hecho dañoso</u> A-)

Inicialmente, he de coincidir con la sentencia en crisis en punto a que el hecho debe analizarse desde la óptica del régimen tuitivo de Defensa del Consumidor, en tanto la damnificada se encontraba ligada con la accionada (me refiero al propietario del gimnasio, conforme analizaré más adelante) por una relación de consumo.

En lo que aquí interesa, cabe recordar que el art. 42 de la Constitución Nacional (CN) 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. 5°, 6° 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 preferentemente 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 caber a los efectos de resguardar la seguridad, la estructura y la fluidez de la circulación (conf. CNCiv., Sala K, *"R., SA c. <Persona 56> SA y otro s/ daños y perjuicios"*, 22/05/2018, LLOnline AR/JUR/25471/2018; CNCiv., Sala G, L. 324.940, in re *"J., C. c. Carrefour Argentina SA s/ daños y perjuicios"*, 13/05/2002; íd., Sala E, L. 431.848, in re *"T., M.O. c. Supermercado Ekono SA s/ daños y perjuicios"*, 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 una obligación de seguridad establecida por el art. 42 de la C.N. y por los arts. 5, 40 y concordantes de la Ley 24.240 (conf. Cám.Civ.Com. San Isidro, *"Gutiérrez c. COTO s/ D y P"*, causa N° d-2699-7, 27/10/2014).

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 (conf. GHERSI, C., *"Teoría general de la reparación de daños"*, págs. 206 y sigs.). 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 CCyCN 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 (conf. autor 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 este 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 24.240 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 responsabilidad. El factor de atribución es la garantía de indemnidad que pesa sobre el proveedor …"* (conf. RINESI, *"El riego en la relación de consumo"* en Revista de Derecho de Daños 2007-I "Creación del riesgo II", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 97, mencionado en la causa *"ZRY c. MSA s/ daños y perjuicios"*; CámCivComLabMin Neuquén, Sala I, *"Sarmiento, R.A. c. <Persona 26>, W.A. s/ D y P"*, 14/05/2019, LLOnline AR/JUR/33059/2019). 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 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 ese factor, la encartada debería responder, en principio, por los daños y perjuicios sufridos …" (conf. CNCiv, Sala B, *"B.P.A. c. P.I.G. y otros s/ D y P"*, MJ-JU-M-102585-AR; MJJ102585).

Con acierto se sentenció que el "deber de seguridad" consagrado en la Ley 24.240 –como así también en el Art. 42 de la CN— es de cumplimiento primordial en lo que hace a las instalaciones que la empresa demandada utiliza para el desarrollo de su negocio (conf. SCMendoza, Sala I, 26/07/2002, *"Bloise de Tucchi, <Persona 28>. c. Supermercado Makro SA"*. La Ley Gran Cuyo 2002, 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 (conf. FARINA, J.M., *"Relación de consumo" (a propósito del art. 42 de la Constitución Nacional"*, JA, 1995-L, pág. 866 y sigs.). 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, 06/03/2007, *"Mosca, H.A. 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** (conf. CámCivComLabMin Neuquén, Sala I, 14/05/2019, cit.).

B-) Así las cosas, para repeler la acción intentada en su contra, la empresa o el titular del establecimiento (gimnasio) tenía que haber acreditado algún eximente que lo 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 (conf. CNCiv., Sala B, *"S., S.M. c. Coto Cicsa y otros s/ daños y perjuicios"*, 14/08/2015, LLOnline AR/JUR/28769/2015).

Por lo tanto, dada esta obligación de seguridad, no correspondía a la parte actora acreditar el vicio o riesgo del elemento utilizado (instalado en el gimnasio) para poder responsabilizar al dueño del establecimiento. Bastaba con comprobar que se han producido diversos daños y perjuicios dentro del mismo para que se invierta la carga probatoria; precisamente por el deber de seguridad que apunté.

C-) Ahora bien, a los efectos de acreditar la ruptura del nexo causal, la parte demandada ha ensayado en su responde un argumento referido a la culpa de la víctima en la producción del siniestro.

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"*. Respecto a esta cuestión, 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 recae 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 (conf. QUAGLIA, M.D. y RASCHETTI, F., *"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 que *"… si bien la regla 'in dubio pro consumidor' consagrada en los arts. 3° 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 …"* (CSSanta Fe, 04/04/2017, *"Belfer c. Electrónica Megatone""* AyS 274-280/286).

En el contexto de autos, producido el daño, y conforme el deber de seguridad que se debía brindar al consumidor/a o usuario/a, entiendo que era la parte

demandada quien podía razonablemente aportar prueba sobre las condiciones técnicas y funcionamiento de la máquina o aparato utilizado en la oportunidad. No hacerlo, conforme el régimen tuitivo aludido, solo puede desmejorar su posición en la causa.

Es que, con relación a la causal se ha 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 solo 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 (me refiero al propietario del gimnasio), 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… 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 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) …"* (CNCiv., Sala B, *"B. P. A. c. P. I. G. y otros s/ DyP"*, ML-JU-M-102585-AR, cit.).

En autos, resulta clara y terminante la orfandad probatoria en cabeza de la parte demandada. Esto implica que no ha acreditado las circunstancias eximentes que invocara; esto es, una conducta negligente de la accionante al utilizar de modo no previsible o anormal el elemento de la empresa o explotación comercial. En esas condiciones, no queda otra alternativa que

admitir la demanda incoada contra el titular del establecimiento (gimnasio), haciendo extensiva la condena a la aseguradora citada en garantía (art. 118 Ley 17.418).

D-) Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, analizado, fundamentado y concluido, considero necesario remarcar algunas situaciones que son claras y precisas en la cuestión debatida.

Tengo presente, por ejemplo, que no se alcanzó a desvirtuar la presunción de responsabilidad que pesa contra el titular del gimnasio por lo sucedido, que queda establecida por el incumplimiento de su obligación de seguridad para con la actora, en su condición de usuaria de las instalaciones (del voto de la Dra. Maggio, CNCiv., Sala B, 05/12/2022, *"C., L.C. c. <Persona 27> (Continuadora de <Persona 58> SRL) y otros s/ daños y perjuicios"*, LLOnline AR/JUR/172781/2022).

En el mismo sentido al indicado, se ha expresado que resulta intrascendente que la explotación del establecimiento en cuestión resulte una actividad permitida o que la actora no haya demostrado anomalía alguna en el gimnasio. Y es que, sin perjuicio de tales circunstancias, la situación clave aquí es que la demandada ha incumplido con su carga de demostrar la concreta adopción de medidas de seguridad tendientes a proteger la integridad física de la actora (conf. CNCiv., Sala B, 05/12/2022, cit.).

Es que el hecho de que una persona se exponga voluntariamente a una situación de peligro –si bien no ha sido este el caso de autos— no tiene eficacia como eximente autónomo de responsabilidad, cuando no pueda verificarse simultáneamente que tal conducta ha contribuido causalmente a interrumpir el nexo causal. Por ello, aunque la actora haya participado voluntariamente de la actividad física en el gimnasio, ello no autoriza a

presumir, en el contexto de orfandad probatoria aludido, que la actora haya consentido sufrir lesiones (del fallo citado en el párrafo anterior).

Las condenadas <Persona 5> y la aseguradora no arrimaron al proceso elemento de prueba alguno tendiente a demostrar la conducta culpable que le achacan a la actora; y en tal contexto resulta improcedente que invoquen de manera abstracta una asunción de riesgos por su parte.

Es de advertir, por otra parte, que la obligación de reparar los daños provenientes de una relación de consumo no implica exclusivamente la extensión de una garantía implícita emanada de un contrato; sino que **lo que se ha instaurado es una responsabilidad de fuente legal específica, con fundamento en el deber de no dañar** (conf. voto de la Dra. Maggio, CNCiv., Sala B, 05/12/2022, cit.).

Ahora bien, tal como reza el art. 40 de la Ley 24.240, la mentada presunción –conforme lo he dicho antes en este voto— puede ser total o parcialmente destruida, por parte del proveedor, demostrando la ruptura del nexo causal, la "causa ajena"; ya sea, probando el hecho de la víctima o de un tercero por quien no deba responder y/o el caso fortuito ajeno a la actividad, servicio o cosa (conf. FRUSTAGLI, S.A. – <Persona 31>, C.A., *"Reflexiones sobre el régimen de responsabilidad por daños en el estatuto de defensa del consumidor"*, RCyS 2004, pág. 178).

Ninguna de estas eximentes han sido probadas por la parte demandada (léase <Persona 5>) **y su aseguradora**. Eran ellas las interesadas en alejar de sí la obligación de resarcir a la damnificada, a quien le tocaba aportar la prueba de que un extraño o la propia víctima han sido, en verdad, el autor del hecho, con la consecuente fractura del nexo causal que se estimaba existente.

Sabido es que quien omite probar no obstante la regla que pone tal

actividad a su cargo, se expone al riesgo de no formar la convicción del juez sobre la existencia de los hechos de que se trate y, por consiguiente, a la perspectiva de una sentencia desfavorable. La actividad probatoria constituye, pues, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés (conf. PALACIO, L., *"Manual de Derecho Procesal Civil"*, Abeledo Perrot, 2004, pág. 399). Esta directiva, sin vacilación, se aplica a la letra al caso de autos.

El art. 377 del CPCC de la Nación (art. 381 CPCC Provincial) es claro cuando pone en cabeza de los litigantes, el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, y tal imposición no depende de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso; por tanto al actor corresponderá acreditar los hechos constitutivos de su pretensión en tanto que al contrario, los extintivos, impeditivos o modificatorios que oponga a aquéllos (en igual sentido CNCiv., Sala B, Reg. Nº 436.283, *"Vignola de Jacob c. Autopistas del <Persona 15>.A. s/ daños"*, 12/05/2006).

Siendo ello así, como corolario de lo expuesto, propongo al Acuerdo confirmar el decisorio apelado en lo que respecta a este punto –con la salvedad que expondré más adelante al tratar la responsabilidad del codemandado <Persona 4> del gimnasio--; en tanto la Ley 24.240 pone en cabeza del proveedor una obligación de seguridad de resultado, que consiste en evitar que el usuario o consumidor sufra daños en el marco de la relación de consumo, circunstancia que el codemandado titular del gimnasio no pudo cumplir (arts. 377 y 386 CPCC de la Nación y sus similares del CPCC Provincial).

4.2 – <u>La responsabilidad del codemandado <Persona 4></u>

<u>en el gimnasio</u>)

Ambas partes apelantes se agravian de la condena impuesta al codemandado <Persona 4>, que era el Profesor que trabajaba en el gimnasio y estaba con la actora el día en que ocurriera el hecho dañoso. La sentencia originaria condenó al propietario del gimnasio (<Persona 5>) y al Profesor que trabajaba en el mismo (<Persona 4>).

Surge de las pruebas de autos que el servicio fue prestado en condiciones previsibles y normales de uso (los testigos han declarado de manera uniforme en este sentido).

Como bien lo expresa mi distinguido colega integrante de esta Excma. Cámara en el voto que antecede, el Dr. Julián Emil Jalil, si bien existe una relación de contenido contractual, la misma no se rige por las normas del derecho del consumo, pues el Profesor no es el propietario del establecimiento en donde se produjo el daño (G.), ni obtiene ventaja patrimonial o económica con su explotación.

Así las cosas, teniendo en cuenta el encuadre normativo y ante la orfandad probatoria en torno al hecho dañoso, la situación se inclina a favor del Profesor demandado pues al excluir la relación jurídica del plano del consumidor, corresponde atribuir un factor subjetivo de responsabilidad cuya carga probatoria recae sobre la accionante.

Es por ello que se ha decidido que no es posible atribuir responsabilidad en la caída de la parte actora al Profesor que estaba con ella instruyéndola en el gimnasio en ese momento, por cuanto no ha quedado acreditado el factor subjetivo de atribución de responsabilidad (conf. jurisprudencia citada por el Dr. Jalil en su primer voto).

En razón de lo expuesto, corresponde admitir esta porción de las quejas (de los demandados y de la aseguradora) y decidir del rechazo de la demanda instaurada contra el codemandado <Persona 4>.

4.3 – Cuantificación del daño por la incapacidad física de la víctima – La pericia médica determinó una incapacidad del 12% y la sentencia hizo el cálculo tomando el 14%

Conforme el dictamen Pericial Médico practicado en autos, la incapacidad física de la accionante como consecuencia del hecho dañoso motivo de este proceso alcanza al **"12% (Doce por ciento)"**. No obstante ello, la a quo al realizar el cálculo indemnizatorio para este rubro tomó una incapacidad del **"14% (Catorce por ciento)"**, fijando el monto correspondiente. Es evidente que le asiste razón a los quejosos y ello debe ser revocado por esta Alzada.

Por lo tanto, resulta procedente decidir que el porcentaje de incapacidad física que debe tomarse para realizar el cálculo indemnizatorio a favor de la víctima como consecuencia del hecho dañoso objeto de autos, debe ser del **DOCE POR CIENTO (12%)** y no del 14% como erróneamente se fijara en la decisión recurrida.

5 – Tratamiento del resto de los agravios de la parte demandada

5.1 – El valor del Salario Mínimo Vital y Móvil tomado para cuantificar la indemnización por incapacidad física

Para realizar el cálculo indemnizatorio por incapacidad física sufrida por la víctima reclamante de autos, la a quo tomó el importe del SMV y M vigente a la fecha del dictado de la sentencia. La quejosa plantea que debe tomarse el monto vigente a la fecha del accidente, conforme lo solicitara expresamente la accionante al demandar.

He de compartir lo expuesto por el Sr. Juez Dr. Jalil en su voto precedente con respecto a que la a quo ha seguido el criterio expuesto por esta Alzada sobre el punto y de allí que su decisión deba ser confirmada.

He de reproducir aquí lo expuesto al votar, como integrante de esta Alzada, in re *"<Persona 44>, <Persona 35>. <Persona 30>, <Persona 8> y Otro s/ Daños y Perjuicios"* (sent. 26/03/2024, Reg. Nº 05/24 SDC).

Tengo presente que esta Alzada se ha expedido ya sobre la improcedencia de tomar el importe del SMVyM vigente a la fecha del accidente en varios procesos (por ejemplo, *"<Persona 8> c/ <Persona 32>"*, *"<Persona 13> c/ <Persona 42>"*, *"<Persona 33> c/ <Persona 18>"* y *"<Persona 52> c/ <Persona 49>"*) y si bien no se trataron de casos iguales, es necesario –a la luz de la situación económica inflacionaria por la que atraviesa desde hace algunos años nuestro país— considerar las razones y fundamentos de la queja bajo análisis a fin de lograr una solución justa y satisfactoria.

La protección a la integridad de las personas y el derecho a la reparación integral se encuentra respaldada en tratados internacionales que integran el sistema constitucional en función del art. 75 inc. 22 de la CN, entre las cuales podemos citar al art. 21 p. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al expresar que ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante el pago de indemnización justa. Asimismo, el art. 5 del mismo cuerpo normativo, de jerarquía constitucional, ampara el derecho a la integridad personal al expresar que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (BIDART CAMPOS, *"Manual de la Constitución Reformada"*, T. II, pág. 110, Ed. Ediar). En ese contexto convencional, el derecho al resarcimiento y a la reparación del daño también se encuentra incluido entre los derechos implícitos (art. 33 CN) especialmente si se tiene en cuenta que otras normas como el art. 17 y el 41

CN refieren casos específicos (conf. CNCiv., Sala L, 15/10/2009, *"L., S. y Otro c. Hospital Británico y Otro s/ Daños y Perjuicios"*, ED, 09/02/2010, N° 12.439, Idem, Sala "J", 10/08/2010, Expte. N° 69.941/2005, *"Gutiérrez, <Persona 8> Alfredo y Otro c. <Persona 39>, <Persona 19> y Otros s/ Daños y Perjuicios"*).

Específicamente en relación con el principio de resarcimiento integral, el art. 1740 CCyCN establece que la reparación del daño debe ser plena, restituyendo la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

Nuestra Corte Suprema ha sostenido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de los que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, además 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 (conf. CSJN, Fallos: 308:1109; 312:2412; 315:2834; 318:1715; Idem, 08/04/2008, *"<Persona 6> c. <Persona 46> y Compañía"*, La Ley, 2008-C, 247; CNCiv., Sala F, *"M.J. y Otros c. E.G. de T. y Otros s/ Daños y Perj."*, 27/09/2022, LLOnline AR/JUR/133435/2022).

He hecho expresa referencia a la necesidad de lograr una "reparación integral" del daño experimentado por la víctima. **Esa reparación integral no se logra si el resarcimiento que se admite como modo de reparar los daños ocasionados se concreta en valores económicos insignificantes en relación con la entidad del daño que pretende resarcirse** (conf. Fallos: 314;729, Considerando 4°; 316:1949, Considerando 4° y 340:1038; entre otros). Advirtiendo la diferencia –en menos— que tiene para la accionante el monto indemnizatorio calculado conforme el SMVyM vigente a la fecha de dictarse

la sentencia y el que regía al momento del accidente, surge con nitidez la notoria injusticia que se comete contra la víctima al no respetarse mínimamente el principio de la "reparación integral" a la que tiene legítimo derecho.

He de coincidir con la jurisprudencia que ha determinado que en un país como el nuestro, donde la economía resulta inestable por la desvalorización de la moneda, la inflación, entre otras cuestiones político económicas más, es muy difícil que un valor vigente en un momento o tiempo determinado pueda resultar ajustado a su fin en otro momento de tiempo. Es por ello que, a los efectos de mantener la integralidad de la reparación, corresponde entender que la misma debe cuantificarse en el momento más cercano a su pago, a su cumplimiento, a su liquidación. La Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha dicho hace ya algunos años, que es correcto formular la estimación de los daños al momento de la sentencia, ya que de este modo no se vulnera la ley de convertibilidad, pues no se trata de reajustar sumas de dinero ya liquidadas, sino de determinar valores (conf. SCJMendoza, Sala 1ª., 12/08/1993, J.A. 1993-IV-398).

Lo hasta aquí expuesto, a lo que sumo las razones y fundamentos vertidos en este punto por el Sr. Camarista preopinante, me convencen que no le asiste razón a la recurrente y **el valor que debe tomarse en el caso es el del SMVyM vigente a la fecha del dictado de la sentencia de primera instancia**, por entender que tal valor de referencia, por su imparcialidad, responde a la realidad económica por provenir de un instituto oficial y es el que más se ajusta al principio constitucional de reparación integral.

De lo expuesto deriva el rechazo de la queja en este punto.

5.2 – <u>El resarcimiento por el Daño Moral</u>

La quejosa plantea que el monto concedido para indemnizar a la parte actora por Daño Moral es excesivo y superior al peticionado al demandar y de allí que resulta improcedente y sin fundamento.

La respuesta a este cuestionamiento debe sustentarse en que la parte actora hizo su reclamo indemnizatorio expresando: *"… en lo que respecta al daño moral, al sólo efecto de dotar de un contenido económico a la demanda estimo su reparación en la cantidad de pesos doscientos cincuenta mil ($ 250.000); siendo que será V.S. quien fundadamente establecerá el quantum indemnizatorio que corresponda …"* (conf. fs. 27) y en el inicio de su reclamo (fs. 25) dijo: *"… Se reclama de los demandados, en forma concurrente, la suma de pesos … ($ 930.928,48) … o lo que en más o en menos resulte de la prueba que se producirá …"*.

La indemnización fijada en autos para el rubro en cuestión supera a la que se peticionara al demandar. **Ello no hace incurrir a la decisión en incongruencia** dado que debe tenerse en cuenta que del reclamo inicial surge que la suma peticionada era provisoria y que su monto podría modificarse en más o en menos, conforme la estimación que realizara la Jueza a quo, según lo he transcripto precedentemente.

No se controvierte que, **sin infracción al principio de congruencia, puede condenarse al pago de un monto mayor que el peticionado, cuando la valuación suministrada por el actor fue interina o supeditada a las resultas de la prueba** (conf. ZAVALA de <Persona 10>, M., *"Resarcimiento de Daños*", N° 3, pág. 265, Ed. Hammurabi). Supeditar el monto indemnizatorio reclamado a lo que en más o en menos estime corresponder por parte del a quo genera la misma consecuencia de supeditar dicho importe (en más o en menos) a las probanzas de autos. Ambas propuestas son procesalmente

válidas e impiden que se incurra en incongruencia al condenar a un monto superior al peticionado.

En tal sentido se ha pronunciado pacíficamente nuestra jurisprudencia:

"En los juicios derivados de hechos ilícitos, ***es pertinente la elevación de la condena a un monto que sobrepase el solicitado en la demanda, si en ella se dejó librado el pedido a lo que en más o menos resulte de la prueba a rendirse****. La salvedad formulada en la demanda deja en claro que el actor no limitó sus pretensiones a la suma indicada en ese escrito, y su planteo es procesalmente correcto"* (CNEsp.Civ.Com., Sala IV, 09/11/81, JA, 1983-I-69, 31.836-S).

"Si el actor reclamó en su demanda por daños y perjuicios una suma de dinero, haciendo la salvedad de la mayor cantidad que resultase de la prueba o de la desvalorización monetaria, ***no es lesiva de garantías constitucionales la sentencia que sobre la base de esa reserva acuerda una suma mayor que la pedida en el momento de iniciarse la acción****"* (CSJN, 30/11/66, LL, 125-91; negrita propia).

Todo lo demás que se expone en este punto de la queja son simplemente "argumentos" vertidos por la apelante, los que en modo alguno constituyen "agravios" que deban ser tratados y analizados por este Cuerpo. En razón de ello, el punto debe ser rechazado.

6 – Conclusión

De conformidad con lo precedentemente expuesto, analizado y fundamentado es mi conclusión que corresponde:

a-) Admitir el agravio de la parte actora y **disponer** que la responsabilidad de los condenados en autos (titular del gimnasio y aseguradora citada en garantía) es **"concurrente"**.

b-) Admitir parcialmente los agravios de los demandados y de la citada en garantía y **rechazar la demanda** instaurada contra el <Persona 4>.

c-) Admitir parcialmente los agravios de los demandados y de la citada en garantía y **disponer** que a los efectos de realizar el cálculo indemnizatorio por la incapacidad física sufrida por la accionante, debe tomarse **el 12% (doce por ciento) de incapacidad** y **d-) Confirmar** la sentencia apelada en lo demás que ha sido materia de agravios. Así lo voto.

7 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

La revocación parcial de la sentencia torna aplicable lo dispuesto por el art. 282 del ritual respecto de las costas y honorarios de la primera instancia.

En consecuencia, corresponde imponer las costas de la primera instancia a la parte actora por la demanda instaurada contra el Sr. <Persona 4> (la que es rechazada) y dejar sin efecto la regulación de los honorarios del <Persona 7> en su carácter de letrado del codemandado <Persona 4>, regulando (elevando) los mismos por esa actuación en el 18% del monto del proceso (arts. 5, 11 y concs. Ley XIII Nº 4 y modif.), sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder.

El resto de la imposición de costas y regulación de honorarios de la primera instancia no sufre ninguna modificación, lo cual será objeto de tratamiento en la segunda cuestión propuesta al Acuerdo.

8 – <u>Costas de la Alzada</u>

Considero que las costas de la Alzada deben ser impuestas de la siguiente manera:

a-) <u>Por el recurso interpuesto por la parte actora</u>: se le imponen a los demandados <Persona 5> y a la <Persona 59> citada en garantía (arts. 69 y concs. CPCC). Se regulan los honorarios del letrado de la apelante, <Persona

8>, en el 35% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y modif.).

b-) Por el recurso interpuesto por los demandados: se le imponen en un 60% a la parte actora y en un 40% a la parte demandada (<Persona 5>). Corresponde regular los honorarios del letrado de los apelantes, <Persona 7>, en el 32% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y regulando los del <Persona 8>, letrado de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor desarrollada en la instancia originaria (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y modif.) y c-) Por el recurso interpuesto por la <Persona 59> citada en garantía: se le imponen en un 20% a la parte actora y en un 80% a la recurrente (conf. arts. 69, 72 y concs. CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. <Persona 25> y <Persona 1>, letrados de la apelante, en conjunto, en el 28% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y regulando los del <Persona 8>, letrado de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y modif.).

En todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

1.- Las apelaciones de los honorarios profesionales. Los letrados han puesto en crisis los honorarios regulados por su actuación profesional lo que amerita su trato en conjunto.

A los fines de analizar la regulación de honorarios por los trabajos realizados en la Primera Instancia por los letrados de la parte actora, demandada y Citada en Garantías, se debe tener en cuenta el principio de indivisibilidad de la acción, la labor desarrollada, la naturaleza del proceso, las etapas laboradas, el éxito obtenido, como asimismo las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados.

En este marco, analizadas que fuera la labor de los profesionaes bajo los parámetros señalados precedentemente considero que los porcentuales instituidos por la Señora Jueza *a quo* se ajustan a derecho, por lo corresponde confirmar el decisorio de grado en este punto (Conf. arts. 5, 6, 8, 9, 38, 46 y 49 de la ley XIII N° 4) con la salvedad de lo especificado oportunamente con relación al letrado <Persona 7>.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota PARCIALMENTE por la **AFIRMATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

Todas las regulaciones de honorarios practicadas en la primera instancia han sido recurridas. El <Persona 8> apeló por bajos sus honorarios; los codemandados apelaron por altos todos los honorarios que han sido regulados y el <Persona 7> apeló por bajos sus honorarios.

En la primera cuestión precedentemente desarrollada se han readecuado las costas y honorarios de la primera instancia, modificándose los honorarios

regulados al letrado de los demandados, <Persona 7>. Por lo tanto, este tema ha sido ya resuelto en la cuestión anterior y cabe remitirme a ella.

En lo que hace al resto de los honorarios regulados en la primera instancia y que han sido objeto de apelación, corresponde tener en cuenta la naturaleza del proceso, el resultado obtenido y el mérito de la labor profesional, apreciada por la calidad, eficacia y extensión del trabajo. Bajo esos parámetros, considero que las regulaciones se ajustan a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria en cada caso y de allí que corresponda su confirmación en esta instancia.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARACIALMENTE** por la **NEGATIVA**.

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

En base a los argumentos expuestos considero que el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada;
2. **RECHAZAR** la acción incoada contra el Sr. <Persona 4>;
3. **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y la citada en garantias **DIPONIENDO** que se establezca en la etapa de ejecución de sentencia, el porcentaje del 12 % para calcular la incapacidad.

4. **HACER LUGAR** al recurso incoado por la parte actora y **DISPONER** que las responsabilidades de los demandados y de la aseguradora son "concurrentes" en los términos de los arts. 850 y 1751 y cc. del CCCN.

5. **READECUAR** costas y honorarios e **IMPONER LAS COSTAS** de Primera Instancia por la pretensión incoada por la actora contra el Sr. <Persona 4> a la accionate vencida y **ELEVAR** los emolumentos de grado del letrado <Persona 7> por la representación del referido demandado al 18 % del monto resultante (art. 282 del CPCC).

6. **IMPONER LAS COSTAS** *por el recurso interpuesto por la parte demandada* en un 60 % a la parte actora y en un 40 % a la parte demandada; por el *recurso interpuesto por la citada en garantías* en un 20 % a la parte actora y en un 80 % a la citada en garantías; y *por el recurso interpuesto por la parte actora* a la parte demandada <Persona 5> y citada en garantías (conf. arts. 69 y 72 del CPCC).

7. **FIJAR LOS HONORARIOS** *por el recurso interpuesto por la parte demandada* del letrado <Persona 7> en un 32 % y del letrado <Persona 8> en el 30 %; por el *recurso interpuesto por la citada en garantías* de los letrados <Persona 25> y <Persona 1> en el 28 %, y del letrado <Persona 8> <Persona 8> en el 30 %; y *por el recurso interpuesto por la parte actora* del letrado <Persona 8> en el 35 %. En todos los casos sobre las cantidades fijadas en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).}

8. **CONFIRMAR** las demás regulaciones de honorarios profesionales

de Primera Instancia.

9. **REGISTRESE**, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

A LA TERCERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez Julián Emil JALIL, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de Mayo de 2025.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada;
2. **RECHAZAR** la acción incoada contra el Sr. <Persona 4>;
3. **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y la citada en garantias **DIPONIENDO** que se establezca en la etapa de ejecución de sentencia, el porcentaje del 12 % para calcular la incapacidad.
4. **HACER LUGAR** al recurso incoado por la parte actora y **DISPONER** que las responsabilidades de los demandados y de la

aseguradora son "concurrentes" en los términos de los arts. 850 y 1751 y cc. del CCCN.

5. **READECUAR** costas y honorarios e **IMPONER LAS COSTAS** de Primera Instancia por la pretensión incoada por la actora contra el Sr. <Persona 4> a la accionate vencida y **ELEVAR** los emolumentos de grado del letrado <Persona 7> por la representación del referido demandado al 18 % del monto resultante (art. 282 del CPCC).

6. **IMPONER LAS COSTAS** *por el recurso interpuesto por la parte demandada* en un 60 % a la parte actora y en un 40 % a la parte demandada; por el *recurso interpuesto por la citada en garantías* en un 20 % a la parte actora y en un 80 % a la citada en garantías; y *por el recurso interpuesto por la parte actora* a la parte demandada <Persona 5> y citada en garantías (conf. arts. 69 y 72 del CPCC).

7. **FIJAR LOS HONORARIOS** *por el recurso interpuesto por la parte demandada* del letrado <Persona 7> en un 32 % y del letrado <Persona 8> en el 30 %; por el *recurso interpuesto por la citada en garantías* de los letrados <Persona 25> y <Persona 1> en el 28 %, y del letrado <Persona 8> en el 30 %; y *por el recurso interpuesto por la parte actora* del letrado <Persona 8> en el 35 %. En todos los casos sobre las cantidades fijadas en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).}

8. **CONFIRMAR** las demás regulaciones de honorarios profesionales de Primera Instancia.

9. **REGISTRESE**, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /25 SDC