**STJSL-S.J. – S.D. Nº 071/17.-**

# ---En la Ciudad de San Luis, **a catorce días del mes de septiembre de dos mil diecisiete**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“ORTEGA ALEJANDRO DANIEL c/ BAGLEY S.A. – ACCIDENTE s/ RECURSO DE CASACIÓN”* -** IURIX EXP N° 140512/9.-

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN.-

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el art. 287 del CPC y C.?

III) En caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse, la interpretación que debe hacerse del caso en estudio, o la jurisprudencia contradictoria a unificar?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. OMAR ESTEBAN URÍA, dijo**: 1) Que en fecha 11/12/15 mediante Actuación IOL N° 4982214, la parte actora interpone Recurso de Casación contra la Sentencia de Segunda Instancia N° 305/15 de fecha 30 de noviembre de 2015 (fs. 235/240).

Que en fecha 22/12/15 mediante Actuación IOL N° 5028752, presenta los fundamentos del recurso y solicita se casen las Sentencias Definitivas de Primera y Segunda Instancia.

En el punto II.-) LA SENTENCIA DEFINITIVA DE SEGUNDA INSTANCIA INCURRE EN LOS MISMOS ERRORES QUE LA SENTENCIA DEFINITIVA DE PRIMERA INSTANCIA: ERRÓNEA APLICACIÓN DEL DERECHO –SENTENCIA EXTRA PETITA, transcribe los fundamentos de la sentencia y expresa que la misma emplea idénticos argumentos que la de Primera Instancia para rechazar la demanda.

En el punto IV.-) NORMATIVA QUE NO SE APLICÓ Y NORMATIVA QUE SE APLICÓ ERRÓNEAMENTE, sostiene que se ha producido una aplicación errónea del derecho, a más de una sentencia extra petita y resalta que se dejó de aplicar la normativa que corresponde, y la que corresponde se aplicó erróneamente.

Expone que, tanto la Sentencia Definitiva de Primera Instancia como la de Segunda Instancia dejaron de aplicar los arts. 902, 903, 904 y aplicaron erróneamente el art. 1113 del C.C., con sus correlatos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 1719 primer párrafo, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1734, 1735 y toda una abundante interpretación de los mismos por la doctrina y jurisprudencia nacional, con características también de principios universales de las naciones, en donde impera el estado de derecho, el principio de igualdad, y la responsabilidad de las empresas y del estado sobre la armonía social y el bienestar general.

Agrega que, también se dejó de aplicar el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional y que la falta de tratamiento, en la sentencia, de asuntos trascendentes oportunamente planteados por las partes, constituye una incongruencia por omisión (pues justamente el principio de congruencia consiste en la correlación, que debe haber entre la pretensión y la decisión) SUSCEPTIBLE DE SER CONTROLADA POR LA VÍA DE EXCEPCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN."

Asimismo, bajo el punto V.-) INCIDENCIA DE LAS TRANSFORMACIONES SOCIALES, ECONÓMICAS Y TECNOLÓGICAS EN EL DERECHO: LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SISTEMA DE SOCIALIZACIÓN DE RIESGOS – PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD, señala que *prima facie* se observa en la sentencia recurrida, que los sentenciantes, con un criterio limitado y parcial, ampliamente beneficioso para las patronales y mezquinos con los sectores obreros, e ignorando el principio constitucional de progresividad, han dirigido su pensamiento a una noción de lo que ellos entienden por JUSTO, en autos.

Advierte, que la realidad social demostró la insuficiencia del sistema fundado en la sola idea de la culpa, que hoy en día coexiste armónicamente con otros factores objetivos de atribución.

Sostiene, que el RIESGO CREADO, la idea de garantía, la equidad, entre otros, son factores que permiten admitir que alguien pueda ser obligado a reparar un daño causado, aun sin que medie reproche subjetivo alguno, esta teoría importa por parte del legislador, un impulso normativo que tiene subyacente el principio de progresividad, de crucial importancia en el ámbito de las relaciones del trabajo.

Alude también en sus fundamentos, al principio de progresividad, en cuanto establece que ningún cambio se puede realizar en el marco del contrato de trabajo que implique una disminución o pérdida de un derecho, y en su caso, los cambios o modificaciones son sólo admisibles si son más beneficiosas para el trabajador.

Señala, que se incorporó a nuestro derecho interno a través del Pacto de San José de Costa Rica, el principio de progresividad, y sentencias como la que se recurre lo convierten en el principio de regresividad, por lo que se ha dejado de aplicar el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional.

Sostiene que las Sentencias en crisis, y muy especialmente la Nº 305/2015 de la Cámara, no toma en cuenta que la demandada crea el riesgo, ni siquiera trata el tema que fue expresamente planteado en la expresión de agravios, pues considera que INJUSTIFICADAMENTE ELUDEN TRATAR LAS DOS SENTENCIAS DEFINITIVAS EN CRISIS QUE ESE RIESGO ASUMIDO VOLUNTARIAMENTE POR EL ACTOR, ES EL RIESGO QUE HA CREADO LA DEMANDADA.

Resalta, que el art. 1719 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en vigencia, ha dictado como norma expresa lo que ya era concepto pacífico y uniforme en la doctrina y jurisprudencia nacional: “Asunción de riesgos. La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad (a quien creó el riesgo)”.-

Por su parte, en el punto VII.-) GRAVE FALTA AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: LA SENTENCIA DE CÁMARA (AL IGUAL QUE LA DE PRIMERA INSTANCIA) OMITIÓ TRATAR UNA CUESTIÓN ESENCIAL, advierte que la demandada organizaba, y promovía la realización de campeonatos para sus empleados. Que los utilizaba para generar sentido de pertenencia entre los empleados con la empresa fabril y un ambiente de camaradería que redundaba, en beneficio de ésta con un mejor ámbito laboral. Agrega que “NO se trata el caso de autos de partidos de fútbol a los que concurrían los empleados de Danone para divertirse, o con finalidad recreativa en los que la demandada no tenía ninguna intervención. Todo lo contrario, la demandada era la ORGANIZADORA, y como tal es responsable de la OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD de los jugadores”, y que por eso es que la demandada pagó la atención médica generada por ese accidente atento informe del Sanatorio de la Merced S.R.L., reservado en los autos caratulados: “ORTEGA ALEJANDRO DANIEL c/ BAGLEY ARGENTINA S.A. – PRUEBA ANTICIPADA”, Nº 140347/8, que tramitó por ante el Juzgado Laboral Nº 2, agregado por cuerda floja a los presentes autos, y cuya copia obra a fs. 14/16 de dichos autos. (TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS – PRINCIPIO DE LA REALIDAD) y que por ello que la Sentencia Definitiva en crisis Nº 305, incurre en una grave incongruencia, al omitir el tratamiento de una cuestión esencial.

De igual modo, afirma que: “Ese riesgo que crea la demandada no es ajeno a sus intereses. La demandada se beneficiaba (y se seguirá beneficiando) con la creación de ese riesgo”. Entonces, más allá que para los Sres. Jueces sentenciantes no sea justo responsabilizar a la empleadora por un accidente sufrido por su empleado, en un campeonato de fútbol ORGANIZADO por ésta, y producido por una contingencia del juego en el que se cruzan dos jugadores de fútbol -ambos empleados de la demandada-, lo cierto es que conforme la normativa civil aplicable al caso, LA DEMANDADA ES RESPONSABLE DEL DAÑO PRODUCIDO EN EL ACTOR POR ESTE ACCIDENTE, POR HABER CREADO EL RIESGO.

Expresa, que la Sentencia Definitiva de Primera Instancia como la de Segunda, no solo que no trataron la teoría del riesgo creado, sino que la ignoraron hasta en su más limitada expresión.

Resalta que, contrariamente al criterio tan patronalista seguido por las Sentenciasen crisis, la responsabilidad de la empleadora en los accidentes sufridos por los trabajadores en tales eventos deportivos, fue declarada por el Juzgado Civil, Comercial y Minas Nº 1 en los autos caratulados: "MERCADO PAULINA MONICA C/ BAGLEY Y/O- DAÑOS Y PERJUICIOS - LABORAL", EXP140826/9, SENTENCIA DEFINITIVA NÚMERO: CIENTO SESENTA Y TRES de fecha 24 de Agosto de 2010, confirmada por la Excma. Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 2 mediante SENTENCIA DEFINITIVA NUMERO DIECISÉIS de fecha 29 de mayo de 2012.

Bajo el punto VIII.-) FALTA DE COLABORACIÓN DE LA DEMANDADA EN -EL APORTE DE LAS PRUEBAS, expone que la Sentencia Definitiva Nº 305 recurrida, introduce confusamente la cuestión de la carga de la prueba, como si se tratara de una cuestión de pruebas la solución del caso, pero no estamos en materia de prueba, sino en la arbitrariedad y parcialidad manifiesta de las Sentencias recurridas.

Para concluir sostiene que la Sentencia Definitiva de Cámara Nº 305 no receptó su agravio sobre sentencia *extra petita*, por lo que confirma una Sentencia dictada EXTRA PETITA

2) Que corrido el traslado de rigor la contraria no contesta.

3) Que en fecha 21/10/16, mediante Actuación IOL N° 6282028 (fs. 261) dictamina el Señor Procurador General Subrogante y aconseja rechazar el recurso en vista, en virtud de los fundamentos que allí expone y que tengo por reproducidos.

4) Que pasados los autos a dictar sentencia, en primer término, corresponde examinar el cumplimiento de los recaudos formales que hacen a la admisibilidad del recurso de casación.-

Centrado en este análisis advierto, que el recurso fue interpuesto y fundado en tiempo propio, la resolución impugnada es sentencia definitiva en los términos impuestos por el art. 286 del CPC y C., y la parte recurrente se encuentra eximida del depósito (art. 290 del CPC y C.), por lo que, en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el art. 301 inc. a) del CPC y C., el recurso de casación es formalmente admisible.

En consecuencia, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. OMAR ESTEBAN URÍA y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.-**

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. OMAR ESTEBAN URÍA, dijo**: Que en el análisis de esta segunda cuestión, no es ocioso recordar que el remedio recursivo intentado “solo tiene viabilidad en el caso que exista un motivo legal (o causal); por ende no es suficiente el simple interés –el agravio- sino que se precisa que el defecto o error, que se le imputa al decisorio recurrido, esté expresamente tipificado –objetivado- por la ley.” (Cfr. Juan Carlos Hitters, “Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación”, 2da. Edición, p.213).-

Sentado ello, cabe examinar si en el sub lite existe un “motivo” legalmente autorizado para recurrir en casación, pues de no ser así, el recurso devendría improcedente.-

Que en la cuestión traída a estudio el recurrente sostiene, que se dejaron de aplicar los arts. 902, 903, 904 y se aplicó erróneamente el art. 1113 de C.C., con sus correlatos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 1719 primer párrafo, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1734, 1735, como así también el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, pero ciertamente esto no es así.

A mi modo de ver, no existe motivo que justifique la procedencia del recurso por cuanto no advierto que la Sentencia de Cámara haya incurrido en omisiones, o errónea aplicación de disposiciones legales.

Como punto de partida, y dado que desde el 1° de agosto de 2015 se encuentra vigente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, juzgo propicio señalar que para el caso, la normativa que debe contemplarse es el Código Civil de Vélez Sarsfield.

Es que en materia de daños y perjuicios, la doctrina es conteste en sostener: *“…En estos supuestos lo determinante será la fecha del hecho, porque es lo que fija la clase de la responsabilidad y su extensión…, por lo tanto si es anterior al 1° de agosto de 2015 se regirá por el Código de Vélez y si es posterior por el nuevo Código Civil y Comercial.”* (La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio – Carolina Dell' Orefice, Hernán V. Prat - 1 de Octubre de 2015 -www.infojus.gov.ar - Id SAIJ: DACF150522).

Así, en consideración a lo expuesto y habiendo ocurrido el hecho durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield, no hay duda que las disposiciones legales que rigen, son las que marca la Excma. Cámara en su fallo de fecha 30/11/15.

Sentado ello, en lo sustancial, comparto lo dictaminado por el Sr. Procurador General Subrogante, en cuanto sostiene*:* ***“la interpretación efectuada por los Tribunales de grados anteriores respecto del alcance de la responsabilidad “por el riesgo creado” es la adecuada…”***

En efecto, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, al tratar la temática vinculada a los riesgos del deporte y sus límites, ha dicho: ***“En todo partido de fútbol los jugadores se exponen a los riesgos propios de esa actividad deportiva, que muchas veces derivan en lesiones. Cuando tales lesiones provienen del riesgo normal que imponen las reglas del juego, ellas quedan cubiertas por la “licitud” del mismo.*** *….****'que la irresponsabilidad en los accidentes deportivos, resulta de la concurrencia de diversos elementos: la licitud del juego o deporte mismo; el consentimiento de la víctima para exponerse y someterse a los riesgos inherentes al deporte que practica; la ausencia de dolo, culpa u otra circunstancia que comporte la responsabilidad del autor del daño; y finalmente la observancia de las reglas, pragmáticas o cánones del juego o deporte de que se trate (Estudio de las Obligaciones T.II, 9ª ed. Depalma, Buenos Aires, 1961, pg. 1529 citado por A. J. Bueres y A.Kemelmajer de Carlucci en 'Responsabilidad por Daños en el tercer Milenio', Homenaje al profesor doctor Atilio Alterini, pág. 821****)"*.(SCBA, Gil Exequiel O. y Otro c/ Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s/ Daños y Perjuicios). (Voto Dra. Kogan, integrando la mayoría, in re: Gil, Exequiel Osvaldo y otro vs. Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s. Daños y perjuicios /// Suprema Corte de Justicia, Buenos Aires; 09-jun-2010; Boletín de Jurisprudencia de la SCJ de Buenos Aires (Dr. Jorge M. Galdós); RC J 13811/10

[Gil, Exequiel Osvaldo y otro vs. Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s. Daños y perjuicios /// Suprema Corte de Justicia, Buenos Aires; 09-jun-2010; Boletín de Jurisprudencia de la SCJ de Buenos Aires (Dr. Jorge M. Galdós); RC J 13811/10](http://www.rubinzalonline.com.ar/index.php?m=jurisprudencia&c=jurisprudencia&a=get&id=1104831)).

En este contexto, es notorio que la argumentación contenida en el escrito recursivo no revela una errónea aplicación o interpretación legal, sino la sola discrepancia del recurrente con lo resuelto por la Excma. Cámara, por lo que evidentemente el recurso no puede admitirse.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Procurador General Subrogante, VOTO a esta segunda cuestión por la NEGATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. OMAR ESTEBAN URÍA y votan en igual sentido a esta **SEGUNDA CUESTIÓN.-**

**A LA TERCERA CUESTIÓN, el Dr. OMAR ESTEBAN URÍA, dijo:** Dado la forma como se ha votado la cuestión anterior, no corresponde su tratamiento. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. OMAR ESTEBAN URÍA y votan en igual sentido a esta **TERCERA CUESTIÓN.-**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, el Dr. OMAR ESTEBAN URÍA, dijo:** Que atento como se han votado las cuestiones anteriores, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el actor. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. OMAR ESTEBAN URÍA y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.-**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. OMAR ESTEBAN URÍA, dijo:** Costas al recurrente vencido (art. 68 CPC y C). ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. OMAR ESTEBAN URÍA y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.-**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación

**San Luis, catorce de septiembre de dos mil diecisiete.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de casación interpuesto por el actor.

II) Costas al recurrente vencido.-

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

No firma la Dra. LILIA ANA NOVILLO, por encontrarse excusada.

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*