

Algunas consideraciones sobre la responsabilidad por el accidente deportivo ¿Un típico ejemplo de caso fortuito?

Por

Santiago Villagrán¹

Sumario: 1) La importancia del deporte en la vida del Hombre. 2) La actividad deportiva. 3) El accidente deportivo. 4) Asunción de riesgos. 5) El caso fortuito a) ¿Caso fortuito o fuerza mayor? b) Elementos que lo componen. c) ¿Debe ser extraño a la actividad? d) El caso fortuito y las restantes causales de exoneración. 6) El casus en la actividad deportiva. e) Carga de su prueba.

1) La importancia del deporte en la vida del Hombre.

La actividad deportiva aparece con las primeras manifestaciones humanas y fue practicada desde la antigüedad por motivos religiosos, de defensa personal, destreza y educación, ocupando un lugar preponderante en el desarrollo individual, cultural y social². En efecto, ciertas clases de gimnasia con fines de higiene espiritual y con propósitos curativos para reparar algunos males del cuerpo, eran practicadas por los chinos, ya 3.000 años antes de Cristo. Pero el auge de las actividades deportivas fue alcanzado en la antigua Grecia, preferentemente en la ciudad de Olimpia, donde se llevaban a cabo cada 4 años las célebres olimpiadas, de las que participaba la juventud, en grandes gestas deportivas y a los campeones se les tributaban los más grandes honores. Para los griegos, los ejercicios físicos tenían la misma importancia que la formación intelectual, persuadidos del ideal de la perfección y la belleza tanto en el orden físico como espiritual³. De allí se desprende el conocido adagio que reza *mens sana in corpore sano*.

¹ Doctor en Derecho con orientación en Derecho Privado (UCES), Profesor Titular y Asociado (UCES), Profesor Adjunto (UBA), Docente de cursos para graduados y de postgrado (UCES, UBA, UNSJ), Vicepresidente de la Comisión de Jóvenes de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Autor de algunas publicaciones de Derecho Civil y Procesal Civil.

² Devoto, P. A. (16/03/2009), "El contrato de trabajo y el derecho deportivo", La Ley, pág. 7.

³ Pérez, B. (1980), "El contrato deportivo y sus derivaciones laborales", La Ley, 1980-B, pág. 869.

Luego de la caída del Imperio Romano la actividad deportiva mermó en forma notoria, pues durante la Edad Media, excepto la afición por el juego de pelota, los deportes se reducían al ejercicio de las armas en manos de los caballeros. Recién a finales del siglo XIX renacen con el desarrollo del atletismo, que comprende en su conjunto varios deportes, entre los cuales se anota el fútbol, rugby, béisbol, tenis, hockey, golf, polo, natación, etc. En particular en Inglaterra, de donde se extiende a otros países en los cuales adquiere nuevas modalidades, como el esquí de origen escandinavo y el ciclismo y el automovilismo con el progreso de las artes mecánicas⁴.

Hasta que comenzó la "industria del deporte", todas esas disciplinas -y otras- eran practicadas con meros fines recreativos, sociales, de salud o, como habitualmente se dice, "para estar en forma".

La importancia del deporte en la vida del hombre se presenta, entonces, como indiscutida. Sólo por mencionar algunos de sus beneficios más sobresalientes, recordaremos con Axmann, Tosello y Macchiotti, que la práctica deportiva y de actividad física es un instrumento educativo y preventivo porque favorece el desarrollo de personalidades independientes, sanas, autónomas y responsables a través de la promoción de valores como el esfuerzo, la tolerancia, el trabajo en equipo y el respeto a las normas. Junto al deporte, constituyen una potente herramienta para conseguir la formación integral de los individuos y su práctica promueve, a través del desarrollo de las áreas afectivas y sociales, el aprendizaje y la asunción de valores, actitudes y comportamientos pro-sociales que favorecen la prevención de conflictos y situaciones de riesgo, y una convivencia más pacífica y segura.

En tal sentido, el deporte ayuda a desarrollar los mecanismos y los hábitos que enlazan la inteligencia, la motivación y la acción, y lo hace de una forma más completa y eficaz que el resto de las enseñanzas. La eficacia educativa del deporte y su influencia en la prevención de conductas de riesgo reside en su capacidad de acostumar a soportar el esfuerzo y a soportar el aplazamiento de la recompensa.

Desde la etapa infantil, la educación del movimiento es fundamental, porque a la hora de preparar a los niños para que sepan tomar decisiones correctas ante conductas de riesgo social. Se ha señalado al deporte y a la actividad física, como el mejor elemento para la formación en valores y como herramienta de prevención y factor de protección de conductas de riesgo en los tiempos libres y de ocio de las personas. Hoy existe una crisis de valores (pérdida, carencia, cambio de valores) pero el deporte nos ofrece la mejor forma de vivir

⁴ Pérez, B. (1980), ob. cit.

y convivir, además de ser un gran vehículo para aprender a cumplir reglas, a ser tolerantes, a reconocer y aceptar las diferencias con el otro y ser un gran medio para crear hábitos saludables⁵.

También se ha intentado cristalizar legislativamente la tutela de los beneficios que la actividad deportiva reporta para los habitantes en particular y para la sociedad toda. En ese sentido, el artículo 2° de la ley 3.218 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispone que "(...) la práctica del deporte y de actividades físico recreativas constituye un derecho y bien social de los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por eso, reconoce que debe ser considerada como una importante herramienta de socialización, que transmite valores, forja conductas esenciales para la sana convivencia en sociedad y promueve el desarrollo integral de todos los factores: intelectual, bio-físico, social, afectivo y ético-moral, estimulando la integración de todas las personas sin distinciones de ningún tipo (...)"⁶.

No obstante el indiscutible beneficio que reportan las actividades recreativas y deportivas, es claro que las cosas pueden no resultar siempre bien en materia de salud para los participantes. Golpes o caídas, pelotazos, desgarros, esguinces o fracturas, son sólo algunas de las consecuencias que pueden derivar de la práctica deportiva, especialmente en los juegos de pelota y de conjunto. Si el deporte es además de contacto, los riesgos se incrementan.

No obstante, a salvo el caso del boxeo o de algún otro estilo de lucha, el objetivo del juego no es lastimar al contendiente. Por otra parte, los reglamentos de cada juego, las precauciones adoptadas por cada jugador, la usual intervención de un árbitro que conduce el desarrollo de la justa y el espíritu del juego limpio (*fair play*) que debe regir toda competencia, hacen que ningún participante compita con la expectativa de ser lastimado. Pero tampoco puede sostenerse que lo haga con la seguridad de que no lo será. Es más, nos atrevemos a afirmar que ingresa con la plena conciencia de que puede llegar a serlo aunque, desde luego, espera que ello no suceda.

Es que toda actividad deportiva implica un riesgo de lesión para quien la desarrolla. Incluso cuando ésta se practica dentro de los límites de los reglamentos o sin intervención de terceros o de cosas, pues basta un mal movimiento o un esfuerzo desmedido para que se pueda producir una lesión. Sin embargo, el deportista es consciente que ese riesgo es inherente al juego y, como parte de él, lo asume al decidir participar.

⁵ Axmann, M. T., Tosello, E. y Macchiotti, L. (09/03/2010), "Una nueva oportunidad: Construir resiliencia a través del deporte", elDial.com, Suplemento Derecho Deportivo, DC12C2.

⁶ B.O. 10/12/2009.

Desde luego que ello no constituye un *bill* de indemnidad para que sus oponentes utilicen cualquier medio para obtener una ventaja a costa de la integridad del jugador⁷. Pero de ahí a sostener que el jugador participa en la inteligencia de que “nada le pasará”, hay un largo camino.

Analizaremos en los puntos siguientes lo correspondiente a la actividad deportiva y sus riesgos.

2) La actividad deportiva.

Corresponde en este estado hacer referencia al ámbito específico en que se produce el daño en el supuesto que aquí analizamos: el deporte.

Como sostiene Pérez, el deporte es una actividad cultural con sus características propias que la diferencian claramente de la actividad laboral, por su independencia, desinterés lucrativo y el placer que proporciona a quien lo practica, desarrollada en el terreno de una eficacia lúdica. Claro que lo expuesto se vio desnaturalizado, en parte, por la profesionalización de algunos jugadores en algunas disciplinas deportivas⁸.

Entendido como: “1.- Actividad física, ejercida como juego o competición, cuya práctica supone entrenamiento y sujeción a normas o 2.- Recreación, pasatiempo, placer, diversión o ejercicio físico, por lo común al aire libre”⁹, señalan Cazeaux y Trigo Represas que serían tres las notas esenciales para caracterizar la actividad deportiva: “...1) el ajuste de las mismas a reglas preestablecidas; 2) el despliegue de un esfuerzo o destreza (físico o mental), por encima del nivel de actividad habitual; 3) persecución en forma mediata o inmediata de un fin salutarífico de carácter personal...”¹⁰.

Por nuestra parte incorporamos también un objetivo inmediato de todo participante de una competencia deportiva, cual es el de obtener la victoria en la contienda.

⁷ CCiv.Com. Sala I de Mar del Plata, “Pizzo, Roberto c/ Camoranesi, Mauro s/ ds. ps.” del 01/07/2010, [laleyonline](#); id. MJ56542. Renombrado precedente que resolvió un caso de lesión en el ámbito del fútbol profesional, en el que el exceso en el medio elegido para disputar el balón derivó en la seria lesión sufrida por el actor, conllevando la responsabilidad del jugador que la provocó. La acción dañosa fue calificada por la mayoría del tribunal como “(...) brutal, innecesaria y se apartó groseramente de las pautas previstas en el reglamento, demostrando un reprochable desinterés por la integridad física (...)”.

⁸ Pérez, B. (1980), ob. cit.

⁹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed., <http://www.rae.com.ar>.

¹⁰ Cazeaux, P. N. y Trigo Represas, F. A. (1996), *Derecho de las obligaciones*, (Tº III), La Plata: Platense, págs. 164/5.

Continúan diciendo los autores mencionados anteriormente, en definición que compartimos, que por accidente deportivo debe entenderse al perjuicio no intencional ocasionado por uno de los participantes en el juego o certamen, durante su realización, o sufrido por aquél en idénticas condiciones¹¹.

Junto con los autores citados precedentemente, nos preguntamos si es admisible que se hable de una responsabilidad diversamente calificada de la ordinaria, por el sólo hecho de que el daño que se deriva se haya producido durante el ejercicio de una actividad deportiva o el desarrollo de una manifestación de tal carácter? Coincidimos con ellos en que la respuesta debe ser negativa. Pero también, con que es indiscutible que las características propias del deporte determinan que los principios de prudencia y diligencia a los que se refiere la valoración de la culpa, deban sufrir necesarias adecuaciones con respecto al ejercicio de ciertas actividades deportivas peligrosas; ya que es notorio que el ejercicio de los deportes presupone ciertos riesgos fuera de lo corriente.

A nosotros tampoco nos convence el hecho de que se proponga considerar del mismo modo la obligación de cuidado para no dañar a otros en el ámbito deportivo que fuera de él. Lo cierto es que, muchas veces, la dinámica misma del deporte implica una confrontación de fuerzas en la disputa que puede resultar en un daño indeseado, aun en el marco del más absoluto respeto por el reglamento de la disciplina que se trate. Si los jugadores entendiésemos que de cada situación de juego en que deban medirse fuerzas pudiera potencialmente derivar una acción judicial, pues entonces sólo nos quedaría dejar de competir o resignarnos a realizarlo dentro de la mera práctica de juegos de mesa.

En la actualidad, el deporte se presenta en distintos niveles y con distintas características y regulaciones. A mero modo enunciativo, podemos distinguir el deporte fuera de una institución o dentro de ellas. Éstas pueden ser establecimientos educativos, escuelas de alguna especialidad en particular o clubes. La actividad puede desarrollarse en forma *amateur* o profesional. En cuanto a estos últimos aspectos, entendemos que es necesario volver a distinguir el deporte *amateur* (incluso del denominado *amateur* compensado), del profesional, y a su vez, trazar una raya entre las implicancias de una y otra que, al parecer, algunos pretenden ir diluyendo en pos de un resarcimiento seguro frente a cualquier contingencia¹². Finalmente, puede ser individual o grupal.

¹¹ Cazeaux, P. N. y Trigo Represas, F. A., ob. cit.

¹² Especialmente aquellos que sostienen que los jugadores *amateurs* que se desempeñan en instituciones deportivas estarían sujetos a "relaciones de dependencia cuasi laborales", "de dependencia" las califican, por tener que atender a la organización de su club o de la federación o asociación a la que pertenece el club, si es que quieren participar de la actividad. En ese sentido se han expresado Mosset Iturraspe, J. (11/07/2008), "¿La lesión sufrida por un jugador no profesional constituye un daño deportivo indemnizable?", La Ley, pág. 5; CNCiv. Sala I, "Santero, Fernando F. c/ Lobato, Juan ///

Pero todos los deportes tienen ínsita una característica: la posibilidad de sufrir alguna lesión durante su desarrollo. Ello puede derivar de acciones que podemos calificar de accidentales, de actos de imprudencia que exceden el marco reglamentario del juego o, pero aún, de conductas malintencionadas.

En el marco de la hipótesis que nos propusimos abordar, nos centraremos con especial interés en las primeras, pues son aquellas más habituales en el marco de la práctica deportiva. Dejaremos *ex profeso* fuera de este estudio a los daños causados con intención de dañar, pues ello nos llevaría a exceder el marco del espacio asignado.

3) El accidente deportivo.

Consideramos que el principio que debe regir en la materia es que el accidente deportivo no es indemnizable, porque no reúne el requisito de ilicitud. Ello, claro está, siempre y cuando el deportista o practicante lesionado haya actuado dentro de las reglas de juego -o aún en exceso razonable- y sin intencionalidad de dañar, o cuando su desarrollo se efectúe dentro de las condiciones y espacios adecuados para el ejercicio de que se trate, pues de lo contrario no podríamos hablar de un accidente sino de una acción dolosa o negligente, respectivamente.

Lo que confiere licitud a los daños que se puedan sufrir como consecuencia del deporte son las normas de cada práctica. Por eso, para que se consideren accidentes deportivos deben tratarse de daños sufridos como consecuencia del juego. Por lo tanto, no serían lesiones deportivas aquellas que sufren los jugadores que se toman a golpes en el medio del partido o que adrede buscan lesionar al contrincante¹³. Por eso se ha dicho que si bien sabe el jugador que corre un riesgo al participar en cualquier deporte, es dable suponer que asume todos los que están asociados a la práctica deportiva tal como está reglamentada según las reglas de ese deporte y no los que sean extraños¹⁴.

Calificada doctrina ha señalado que existe un consenso general acerca de la legitimidad del deporte; y más aún, que debe estimulárselo, porque no obstante

/// G. s/ ds. ps." del 23/12/2003, JA 2004-II-65; de Lázari, Eduardo Néstor en su voto (en minoría) en SCJBA, "G. E. O. y otro c/ Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s/ ds. ps.", del 09/06/2010, MJ56766. En contra, CNCiv. Sala H, "Ramella, Claudia Inés c/ Club Atlético Obras Sanitarias de la Nación s/ ds. ps." de 14/12/1995, inédito; id. "Fiorenzano de Ruiz Díaz, Lucía y otro c/ Club Atlético Boca Juniors s/ ds. ps." del 20/12/2007, La Ley del 11/07/2008, id. Sala I, "Puchetta, Valentín Ángel y otros c/ Club Atlético River Plate s/ ds. ps." del 04/08/2009, inédito.

¹³ CNCiv. Sala I, "Santero, Fernando F. c/ Lobato, Juan G. s/ ds. ps." del 23/12/2003, JA 2004-II-65.

¹⁴ López Herrera, E. (2006), "Responsabilidad por daños causados en el deporte", en *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires: LexisNexis, N° 7004/007753.

sus ocasionales riesgos, es saludable tanto desde el punto de vista físico como moral. Esta valoración moral y legal del deporte no es compatible con la incriminación de responsabilidad civil o penal por el acto deportivo que se ajusta a las reglas del juego. Como argumento coadyuvante para afirmar esa irresponsabilidad, cabe notar que los deportistas se exponen voluntariamente al riesgo y que esa actividad está permitida, tutelada y estimulada por el Estado¹⁵ e, incluso en algunas ocasiones, impuesta por éste (tal el caso de la Educación Física en la currícula escolar).

Se torna imperativo entonces, afirmar el principio de que los deportistas no son responsables de los daños causados a los competidores mientras se hayan respetado las reglas del juego; en cambio, si ellas se han violado, el principio debe ser la responsabilidad del autor del hecho, a menos que demuestre que su acto fue involuntario o inevitable. Asimismo, es necesario tener presente que la violación de las normas de juego que dan origen a responsabilidad son solamente aquellas que tienen en mira la seguridad de los deportistas y no las que hacen al juego en sí mismo¹⁶.

Es más, con argumentación convincente se ha interpretado que esas razones también son aplicables mediando transgresiones reglamentarias cuando ellas son "normales" o "inevitables".

En ese orden de cosas, se ha señalado que la licitud del deporte llevado a cabo con autorización estatal abarca todas las consecuencias dañosas que irroga el juego dentro del reglamento y también aquellas infracciones reglamentarias que son 'normales' o 'inevitables' en vista de la característica de la actividad de que se trate. Por ejemplo, si en un partido de fútbol dos jugadores corren apareados en busca de la pelota y uno de ellos, en una acción atribuible a la velocidad, trata al otro antirreglamentariamente (*foul*), lesionándose el último al caer, no existirá responsabilidad del primero, pues su actitud conforma una incidencia 'natural' y 'frecuente' en el desarrollo del deporte futbolístico. Ello así, pues las reglas de juego no son normas legales cuya infracción importe antijuridicidad (arts. 1.066, 1.109,

¹⁵ Borda, G. A. (2008), *Tratado de Derecho Civil-Obligaciones* (Tº II), Buenos Aires: La Ley, págs. 522/3.

¹⁶ Un ejemplo ilustrará esta diferencia: en el fútbol está prohibido jugar la pelota con la mano; supongamos que ante la inminencia de un gol, uno de los jugadores pretende atajar la pelota con la mano, pero no hace sino desviar su trayectoria de tal modo que da en el rostro de otro jugador y le fractura la nariz. Se trata de una contingencia inculpable del punto de vista de la responsabilidad civil. Pero es necesario tener presente que ni siquiera el respeto de las leyes del juego exime de responsabilidad, cuando la acción que ha provocado el daño ha sido evidentemente dolosa o gravemente culposa; como ocurriría si un boxeador sigue castigando a otro que está desmayado pero todavía de pie sostenido por las cuerdas. Borda, G. A., ob. cit., págs. 523/4.

del Código Civil), sino que son reglas de actuación de los jugadores sancionables en el ámbito deportivo¹⁷.

El deportista sabe (o debería saber) que cuando tales infracciones no pasan de lo normal, ellas quedan cubiertas por la 'licitud' dimanante de la aquiescencia estatal. El desconocimiento de esa realidad, conduciría fatalmente a la supresión de la actividad deportiva (en particular de los deportes colectivos, y en especial de aquellos que importan el contacto entre jugadores o de éstos con las cosas -generalmente pelotas-; tale como el fútbol, básquetbol, hándbol, waterpolo, hockey, pato, polo, etc.). En virtud de ello, el deber de responder por las lesiones deportivas tiene origen en los siguientes casos: a) cuando existe una acción 'excesiva' que viola grosera y abiertamente el reglamento del juego¹⁸ y b) cuando existe intención de provocar el resultado dañoso, sea durante el desarrollo del juego o bien cuando éste se encuentra detenido¹⁹.

En torno a la responsabilidad que puede caberles a las entidades que toman a su cargo a los menores o que organizan encuentros deportivos para niños, ha dicho el Máximo Tribunal bonaerense que la misma lo es respecto de la custodia de los chicos en sus desplazamientos y en su permanencia en los distintos lugares donde recalán, pero no en orden a las contingencias propias del juego cuando están en actividad dentro de la cancha, las cuales además de asumidas por los participantes, aunque previsibles resultan inevitables para los organizadores en los términos del art. 514 del Código Civil, por constituir un alea que resulta inherente e inseparable de esa práctica deportiva específica²⁰.

En sentido concordante, vale recordar 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,

¹⁷ CNCiv., Sala I, del voto del Dr. Ojea Quintana en "Santero, Fernando F. c/ Lobato, Juan G." del 23/12/03, JA-2004-II, fascículo n° 9, págs. 66/7.

¹⁸ Por ejemplo la acción analizada en CCiv.Com. Sala I de Mar del Plata, "Pizzo, Roberto c/ Camoranesi, Mauro s/ ds. ps." del 01/07/2010, laleyonline; íd. MJ56542.

¹⁹ CCiv.Com. de Mercedes, Sala I, voto del Dr. Ibarlucía en "Sfoggia, María M. c/ Provincia de Mendoza (*rectius* Buenos Aires) y otros s/ ds. ps." del 09/10/2008, laleyonline.

²⁰ Conclusivamente, señalaba que la práctica del fútbol es una actividad lícita que entraña ciertos riesgos. Quien practica este deporte y recibe un pelotazo que le ocasiona un daño durante el desarrollo normal del juego, no puede reclamar indemnización, no porque hubiera aceptado los riesgos, sino porque la actividad en que el juego consiste es lícita y no se trata de un riesgo extraordinario. Del voto del Dr. Kogan en SCJBA, "G. E. O. y otro c/ Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s/ ds. ps.", del 09/06/2010, MJ56766.

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 trate²¹.

En razón de lo hasta aquí expuesto, nos parece que no se debe pasar por alto un aspecto tan importante cuando se habla de lesiones en ocasión del deporte, como lo es la asunción del riesgo que esa participación trae aparejada. En el punto siguiente repasaremos algunos elementos de esa figura.

4) Asunción de riesgos.

La *acceptation des risques*, la *assumption of risks doctrine* o la teoría de la aceptación de los riesgos se ubica dentro de la temática de los actos ilícitos y, en particular, respecto de aquellos que resultan atribuibles al riesgo creado en la utilización de la cosa o a los beneficios que se siguen de dicho uso (responsabilidad objetiva), como también por la participación en actividades riesgosas²².

Esta figura ha sido presentada de diferentes maneras. Para algunos, configura un eximente de responsabilidad; otros, en cambio, consideran a la aceptación del riesgo como una causa para invertir de la carga de la prueba; una tercera postura entiende que tiene la virtualidad de descartar la atribución a título de riesgo creado, colocando a la víctima en la necesidad de probar la culpa del autor del daño. También ha sido tratada como una causa de justificación junto con el consentimiento del damnificado²³.

Para nosotros, se puede entender que hay asunción de riesgos cuando alguien decide participar de una actividad determinada a sabiendas de que de ello implica un riesgo y que podría derivar en la producción de un daño a su persona. De tal forma, en estos casos el damnificado, lejos de cumplir un papel pasivo, se hace cargo del riesgo al consentir, de manera voluntaria y libre, expresa o tácita, las posibles consecuencias peligrosas de la actividad que encara.

En ese sentido, se ha dicho respecto de este tema que, en caso de daños sufridos en la práctica de deportes y juegos peligrosos, debe tomarse en consideración

²¹ Rezzónico, L. M., (1961), *Estudio de las Obligaciones*, (9^o ed.), T^o II, Buenos Aires: Depalma, pág. 1.529.

²² Dillon, T. M. (2005), "La aceptación del riesgo: ¿una eximente de responsabilidad?", JA 2005-I-1.422.

²³ Müller, E. C. (2006), "La aceptación o asunción del riesgo o peligro como eximente", *Revista de Derecho de Daños*, 2006-2, Eximentes de Responsabilidad – II, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pág. 132; íd. Dillon, T. M., ob. cit.

la circunstancia de la asunción del riesgo por la víctima²⁴. Veamos entonces de qué modo se torna aplicable esta figura en el deporte.

Cabe agregar también que, en tanto se trate de un deporte que es ejercido voluntariamente por quien resulta damnificado, ello le propone asumir las consecuencias del peligro natural de la actividad desplegada²⁵, y que fue quien decidió exponerse al riesgo. No obstante, corresponde discriminar los daños que puede asumir el deportista de aquellos que resultan ajenos al desarrollo del ejercicio de la actividad y que no se generan en la propia práctica del deporte dentro de los reglamentos de la disciplina, es decir que son externos al ejercicio. Así, sólo hay asunción del riesgo en la medida y límite del ejercicio regular del deporte a practicar²⁶.

Por eso, se ha señalado con acierto, que "(...) el consentimiento de participar en una justa deportiva con riesgos implícitos y conocidos obraría de tal modo como una causal de excusación de la ilicitud del acto dañoso para algunos y como causa de justificación del daño para otros autores, siempre que esos daños se hubieran producido mientras se practicaba el deporte bajo las reglas del mismo y que tal práctica deportiva estuviera autorizada por el Estado; y, además, que no pueda reprocharse al club o ente organizador del evento una culpa o defecto en cuanto a la seguridad de las instalaciones o modalidades de la competición. Ello, pues si existiese una intensificación del riesgo por la provisión de instalaciones inadecuadas o el uso de cosas riesgosas o viciosas, la aceptación del riesgo por el deportista no excusaría la responsabilidad del organizador de la competencia (...)"²⁷.

La teoría de la aceptación del riesgo suele utilizarse mucho en los casos de daños sufridos por quienes aceptaron participar en deportes riesgosos. Al participar en ellos, la víctima -aún siendo menor²⁸- acepta y presta su consentimiento

²⁴ CCiv.Com.Fed. Sala 2º, 14/07/1978. "Gallipoli Illanes, S. c/ Gobierno Nacional", ED-85, pág. 259.

²⁵ En lo que al fútbol se refiere se ha señalado que el hecho de que dos jugadores rivales choquen al disputar una pelota -tal el caso de autos- es un lance del juego que debe asumir el deportista lesionado, CCiv.Com. de Córdoba, Sala 8º, 01/03/2001, "Zárate, Gustavo F. c/ Asociación Cordobesa de Fútbol y otros s/ ordinario", LL (online), AR/JUR/1083/2001.

²⁶ CNCiv. Sala "C", 08/08/2006. "Caballero, Ivana M. c/ Aisemberg, Jacinta M. y otro", JA 2006-IV, fascículo n° 7, pág. 80/1.

²⁷ Trigo Represas, F. A. y López Mesa, M. J. (2005), *Tratado de la responsabilidad civil* (Tº III). Buenos Aires: La Ley, pág. 793.

²⁸ CCiv.Com. de Junín, 01/03/2011. "Minguilla, Bernardo c/ Club Social Cultura y Deporte de Chacabuco s/ ds. ps.", IJ Editores, IJ-XLIII-299. En el caso, se trató de un menor que practicaba rugby en un club, quien sufrió una lesión sin que se invocara en la demanda que en su producción hubiese tenido participación activa algún otro jugador -del equipo competidor o propio- o cosa generadora de riesgo. Ergo, la demanda fue rechazada.

a la posibilidad de recibir lesiones y perjuicios patrimoniales. Sin embargo, debe distinguirse entre los riesgos que son propios de la actividad y aquellos que incorpora en forma negligente o dolosa algún participante, asistente o el organizador.

Como apunta López Herrera²⁹, "...el alumno asume los riesgos ordinarios de la práctica que quiere aprender, el instructor no se obliga, a toda costa, a devolverlo sano y salvo, sino a observar la prudencia para lograrlo, teniendo en cuenta que las caídas o golpes normales de la práctica los soporta la víctima. Como dicen los Mazeaud, "¡El que quiere aprender equitación no tiene la pretensión de no rodar nunca!"..."³⁰.

En sentido contrario, Mosset Iturraspe ha sostenido que no es jurídicamente aceptable sostener que el deportista federado actúa "a su riesgo". Asimismo, que en esos casos la obligación de seguridad a la cual representan "(...) cubre necesariamente -pues todo distingo resulta caprichoso- el daño que un deportista causa a otro, o que se origina en cosas, o animales, o en el hecho de la propia institución, como así también el daño sufrido con motivo o en ocasión del deporte que el Club "encarga", "controla" o "dirige..."³¹.

Por su parte Müller, siguiendo a Zavala de González, sólo admite la aceptación de riesgos cuando la víctima haya aceptado la participación en una actividad que implique un peligro anormal o extraordinario, pues es recién ahí, que el caso se aparta del riesgo creado y se sumerge en el ámbito del hecho de la víctima. Para él, en consonancia con Mosset Iturraspe, el consentir la posibilidad de sufrir un daño al propio cuerpo es (salvo lesiones insignificantes o actos médicos previstos por ley), inmoral; y por lo tanto, su aceptación resulta sin valor ni eficacia alguna³².

Si posturas como las expuestas en segundo lugar llegasen a primar, más le valdría entonces a la mayoría de los clubes que con gran esfuerzo, pocos ingresos y un gran peso de responsabilidad brindan un espacio de contención y desarrollo en el ámbito deportivo (también social y cultural), cerrar sus puertas y dejar librado el juego a la práctica en plazas y a las grandes instituciones

²⁹ López Herrera, E., ob. cit.

³⁰ También podríamos decir, que quien quiera aprender a nadar no puede pretender no sumergirse y, eventualmente, tragar un poco de agua. Sin embargo, ante esa circunstancia, existen antecedentes de condenas al establecimiento educativo aunque, bueno es señalarlo, por montos muy reducidos, ver. CNCiv. Sala H, 09/05/2006. "Benchimol, Gabriela L. y otro c/ Colegio Esteban Echeverría SAE y otros s/ ds. ps.", RCyS 2007-II, 110.

³¹ Mosset Iturraspe, J., ob. cit.

³² Müller, E. C., ob.cit., pág. 142/3.

que puedan responder frente a cualquier infortunio o contratar seguros que respondan frente a todo tipo de situaciones y sin condicionamientos.

En efecto, el deporte suele implicar una actividad fundamentalmente física, con finalidad recreativa o competitiva. Es evidente por tanto que, al entrañar una actividad física, el riesgo genérico de sufrir accidentes aumenta³³.

Por ello, en general, los deportistas asumen las lesiones que sean consecuencia de una acción permitida por las normas que rigen el deporte del que se trata, y también de aquellas otras que aunque constituyan infracciones, son inherentes al deporte debido al ímpetu de sus participantes en su desarrollo³⁴. De allí que no se advierte que sólo una "práctica violenta" del deporte sea susceptible de generar daño a los deportistas, los que aún pueden derivar de una práctica normal.

Como lógica consecuencia de lo expuesto, en los deportes de riesgo bilateral los deportistas asumen riesgos no sólo de posibles caídas o accidentes por sí solos sino además de choques o encontronazos entre los deportistas con los que entran en contacto físico en una actividad -el deporte- que es competitiva³⁵.

Compartimos la corriente doctrinaria y jurisprudencial que entiende que la asunción por parte del deportista o jugador de los riesgos propios de la actividad se entiende prestada aún frente a la ausencia de manifestación expresa, pues ella surge del mero hecho de participar en la actividad. No obstante en algunos casos, y aún frente a la indudable voluntad de participar, resulta conveniente dejar sentada expresamente la manifestación de asunción de los riesgos propios de la actividad³⁶.

Pero resulta evidente que, en muchos casos, la asunción de riesgos no resultará suficiente para eximir de responsabilidad frente al daño a las instituciones o participantes involucrados. Entonces, se torna necesario analizar las circunstancias en que el hecho lesivo se produzca para saber si ha sido un verdadero

³³ Verdera Server, R. (2003, enero), "Una aproximación a los riesgos del deporte", InDret N° 116, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, pág. 3.

³⁴ Piñero Salguero, J. (2006, julio), "Ávila v. Curtis Community Collage District: ¿Hasta donde llega la Asunción del riesgo en el deporte?", InDret N° 353, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, pág. 12.

³⁵ Piñero Salguero, José (2005, julio), "Accidentes deportivos: lesiones consentidas", InDret N° 297, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, pág. 36.

³⁶ En particular, cuando son los progenitores quienes acercan a sus hijos menores a la actividad, sea ésta colegial o en instituciones deportivas o recreativas. Aunque no desconocemos la alta probabilidad de que la mayoría de los tribunales opte por prescindir de aquellas frente al daño, bien podría ser también que éstas desalentaran reclamos de quienes se atengan a lo pactado en los términos del art. 1.198 del Código Civil; desde luego, cuando de accidentes se tratara.

accidente deportivo o, por el contrario, es un hecho que pueda obligar a responder a alguno o varios de los agentes vinculados a la actividad.

5) El caso fortuito.

En materia de responsabilidad, resulta de innegable crecimiento la tendencia a tornarla objetiva en todas las actividades que puedan implicar algún riesgo. En ese sentido el deber de seguridad como obligación de garantía ha ido instalándose -expresa o tácitamente- tanto en la órbita contractual como en la extracontractual. No obstante, aún las disposiciones legales más recientes contemplan como eximente, al menos, al caso fortuito. Pero algunas cuestiones se presentan como previas a resolver si se quiere determinar si la causal puede tenerse por configurada o no.

Nos dedicaremos someramente a ellas en los puntos que siguen.

a) ¿Caso fortuito o fuerza mayor?

La primera escala de nuestro análisis, consiste en establecer si el "caso fortuito" debe entenderse *stricto sensu* o, en su defecto, si fue la real voluntad del legislador disponer a la "fuerza mayor".

En este último sentido se pronuncia Gianfelici, quien expresa que, de no interpretarse adecuadamente la expresión "caso fortuito", ello puede conducir a que se admita como eximente al caso fortuito, sentido estricto, el que excluye la relación de culpabilidad, con lo cual, se desvirtuaría el régimen de responsabilidad objetiva que se pretendió implementar, desembocando en el análisis de la culpa³⁷. Por ello insiste en que la norma debió decir "caso de fuerza mayor", o bien, utilizar una expresión análoga que lo implicara.

Por el contrario, Alterini afirma que, técnicamente, es posible distinguir el daño inevitable (caso fortuito) del daño producido a pesar de haberse obrado una conducta diligente (no culpable) pues, para excluir la responsabilidad, se exige inexorablemente la ocurrencia de caso fortuito -en sentido estricto, como hecho imprevisible e irresistible-, siendo responsable quien no ha realizado todo lo necesario, hasta la frontera de lo imposible. En tanto, si resultara suficiente la falta de culpa, no sería responsable quien ha actuado con la diligencia correspondiente a las variables particularidades de cada caso³⁸.

³⁷ Gianfelici, M. C. (1999), "Caso fortuito, .caso de fuerza mayor y la responsabilidad civil de los propietarios de los establecimientos educativos", LL, 1999-D, págs. 589-596.

³⁸ Alterini, A. A. (1999), *Contratos. Civiles-Comerciales-De Consumo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pág. 607. Es así claro, dice el autor en cita, que cuando para excluir la responsabilidad se exige inexorablemente la ocurrencia de caso fortuito -en sentido estricto, como hecho imprevisible ///

En principio, la reiteración de la utilización del término “caso fortuito” en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Comisión creada por decreto 191/2011 (“el Proyecto”), pareciera no dejar margen de dudas de que la intención es sostener la eximente del caso fortuito en sentido estricto, y no el de fuerza mayor. No obstante, de la lectura de su art. 1.730, rápidamente advertimos que ello no es así, pues allí se expone que “...Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos.

Sin perjuicio de los alcances de la responsabilidad que se desprenden de la norma en concreto, y de las demás contenidas en el Capítulo 1, del Título V, del Libro Tercero, del “Proyecto”; consideramos que, en razón de las controversias interpretativas reseñadas, hubiera sido conveniente atender a las diferencias conceptuales de ambos términos. En su defecto, de sostenerse su asimilación, haber mencionado en forma expresa, cuál de los alcances debe entenderse aplicable.

b) Elementos que lo componen

El caso fortuito remite a los conceptos de previsibilidad e inevitabilidad. Un hecho es imprevisible cuando un hombre de mediana prudencia no tiene porque suponer que habrá de ocurrir pues sólo se está obligado a prevenir lo razonable. A su vez, es inevitable cuando es imposible de impedir aplicando la atención, cuidados y esfuerzos normales. Es así que ambos conceptos habrán de ser apreciados atendiendo a la naturaleza del deber de que se trata y las concretas circunstancias que rodean al caso, y por sobre todo la edad y características de la persona involucrada (en el caso un menor)³⁹.

Recordemos que el artículo 514 del Código Civil, que define al caso fortuito, establece que es aquel que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse. Es claro que se trata de un “o” disyuntivo que no exige que ambas condiciones se den en forma simultánea, bastando con que una de ellas se haga presente para que la proposición sea verdadera. Estimamos necesaria la aclaración, porque frecuentemente se han forzado interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales amplias, que la disposición no contempla, a fin de intentar limitar la configuración de la eximente en favor de las víctimas.

/// e irresistible-, es responsable quien no ha realizado todo lo necesario, hasta la frontera de lo imposible (Radouant), exigiéndose que suceda la *vis máxima* y no la simple *vis major* (Tunc), y casi imponiéndole al deudor “ser un superhombre, Tarzán, Asterix, Superman, Rambo, Tintín o el Conde de Montecristo” (Maurie-Aynés). En tanto, si resulta suficiente la falta de culpa, no es responsable quien ha actuado con la diligencia correspondiente a las variables particularidades de cada caso.

39 CNCiv. Sala D. “Buratti, Esteban Ricardo c/ Asociación Católica Irlandesa Colegio Sta. Brígida y otro s/ ds. ps.” del 03/04/2008, RCyS 2008, pág. 1.002.

Es oportuno señalar, que nada impedía que se hubiera utilizado la conectiva conjuntiva “y” (en el caso “e”), si lo que el codificador hubiese querido era que ambos presupuestos coincidieran para que se configure el *casus*, con lo cual la redacción hubiera sido “imprevisible e inevitable”. Pero ello no fue así.

Entonces, el deudor podría liberarse demostrando que el hecho fue imprevisible o inevitable. Aunque en la mayoría de los casos puede pensarse que la imprevisibilidad lleva necesariamente a la inevitabilidad, y que por lo tanto siempre irán juntas, ello no es necesariamente así. En efecto, pueden existir hechos que sean imprevisibles pero que, en la emergencia, puedan evitarse con un adecuado control o reacción a tiempo, u otros que, tal como refiere el Código, aún previstos sean inevitables.

Al decir de Bustamante Alsina, el hecho debe ser imposible de evitar aplicando la atención, cuidados y esfuerzos normales en relación al hecho de que se trata, considerando las circunstancias concretas de lugar, tiempo y personas. Es decir que el juzgamiento de la conducta en función de esas mismas circunstancias (artículos 902 y 512 Código Civil), determinará o la existencia de culpa y la inexistencia del caso fortuito, o bien la existencia de caso fortuito y la inexistencia de culpa cuando el hecho resulta imprevisible o inevitable⁴⁰. A renglón seguido, agrega que el hecho debe ser ajeno al presunto responsable, o exterior al vicio o riesgo de la cosa, explicando que a ello se refiere el artículo 513⁴¹.

Sobre este último aspecto nos pronunciaremos a continuación.

c) ¿Debe ser extraño a la actividad?

Finalmente, se ha debatido si el caso fortuito, para poder configurarse, debe o no ser extraño a la actividad en que se produce.

Para algunos, a los recaudos de imprevisibilidad e irresistibilidad, debe agregarse el de la extraneidad⁴², afirmando que para que se configure el *casus* debe tratarse de un hecho exterior, extraño a la cosa o actividad, de magnitud, de carácter extraordinario, esto es ajeno a la explotación, a las actividades propias del deudor⁴³.

⁴⁰ Bustamante Alsina, J., (1993), *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pág. 308.

⁴¹ Bustamante Alsina, J., ob. cit., pág. 309.

⁴² CNCiv. Sala A, “G. R. J. c/ Babar Bilingual School Dominique Seguin s/ ds. ps.”, 03/07/2009, MJ, Cita online: MJJ46829.

⁴³ Goldemberg, I. H. (2000), *La relación de causalidad en la responsabilidad civil* (2º ed.), Buenos Aires: La Ley, Capítulo VI, Sección D.

En un pronunciamiento claramente enrolado en la postura que restringe la exoneración por aplicación del caso fortuito se ha dicho que, aun cuando el daño se haya producido por una circunstancia interpretada como fortuita por lo inesperada, si se trata de una contingencia previsible en abstracto para el colegio, debe éste responder de manera objetiva⁴⁴. En tal sentido, la alternativa dañosa se expone en causación indiscutiblemente compatible con la previsión del artículo 901 del Código Civil en su primera parte, esto es que en su ocurrencia el hecho sucedió conforme el curso natural y ordinario de las cosas.

Por nuestra parte, no coincidimos con algunas de las apreciaciones de la doctrina y jurisprudencia que previamente reseñamos y que, reconocemos, es actualmente la postura mayoritaria.

En particular, no compartimos que, en el régimen vigente, el hecho deba ser extraño a la actividad para que pueda configurarse el caso fortuito. No hay norma que la imponga y la interpretación de que ello surge del texto del artículo 513 cuando se refiere a que el *casus* debe ser ajeno a la culpa del deudor⁴⁵, nos parece desacertada. Consideramos que de lo expuesto en la norma sólo puede desprenderse que el hecho invocado como fortuito no debe provenir de una actitud negligente o imprudente de quien se sindique como obligado a responder, pero no por ello que la mera circunstancia de que algo ocurra en el ámbito de la actividad en que el hecho ocurra importe excluir la causal de exoneración. Menos aún, si ello ocurre en un marco donde se trate de supuestos en los cuales no haya acción u omisión reprochable al responsable, sino mera obligación objetiva de responder.

En consonancia con lo que acabamos de exponer, Peralta Mariscal señala que la ley sólo exige el caso fortuito; todo lo demás son disquisiciones doctrinarias que podrían ser atendibles de *lege ferenda* pero que no cuentan con amparo legal de *lege lata*. En tal sentido, y en referencia a la responsabilidad de los titulares de establecimientos educativos (que como es sabido, cuenta con un régimen agravado en el cual sólo el *casus* lo exime responder); el autor en cita expuso que "(...) lo cierto es que un dato concreto sobredimensiona esta interpretación en el caso particular: se debatió en la esfera del Congreso de la Nación un texto para esta norma que establecía expresamente el requisito de externalidad del caso fortuito, pero fue suprimido de la redacción definitiva, lo que indudablemente deja abierta la posibilidad de que el caso fortuito

⁴⁴ CCivCom. de San Martín, sala II, "Calderón, Liliana y otro c/ Instituto Educativo Casa del Sol SRL" del 17/98/2004, LLBA 2005 (febrero), 116.

⁴⁵ Bustamante Alsina, J. (1993), *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pág. 309.

sea exigente de responsabilidad aún cuando no sea "externo"⁴⁶; ello así, la propiciada "externalidad" del caso fortuito no responde a una directriz legal sino al arbitrio del intérprete, por lo que a su modo de ver, la externalidad o internalidad del caso fortuito son datos irrelevantes para sentenciar. Además, esa externalidad ha sido entendida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el sentido de ausencia de culpa del demandado (Ac. 45.606, sent. del 11-VIII-1992)⁴⁷.

De sancionarse "el Proyecto", esta discusión quedará cerrada. Es que, a tenor de lo propuesto en su art. 1.733, "Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos:... e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o actividad;...". Como señala Trigo Represas⁴⁸, ello es de toda lógica, si se tiene en cuenta lo también establecido en el art. 1.757 del "Proyecto"⁴⁹.

d) El caso fortuito y las restantes causales de exoneración.

En cuanto al segundo dilema planteado, referido a la extensión del término en examen, y si éste admite la exoneración por la culpa de la víctima o el hecho del tercero, una postura amplia ha señalado que resulta posible entender que, cuando éstos reúnan las características del caso fortuito, podrían justificar la exención de responsabilidad. En esta línea de pensamiento, analizando la cuestión en la órbita de la responsabilidad de los titulares de establecimientos educativos, se enrolaron autores tales como Kemelmajer de Carlucci⁵⁰ (integrante de la Comisión), López⁵¹ y Loizaga⁵²,

⁴⁶ Loizaga, E. (2000), *Responsabilidad civil de los establecimientos educativos*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pág. 134, quien pone de manifiesto que "...el proyecto del diputado Mathov establecía el requisito de la externalidad, pero éste fue suprimido en el texto definitivo..."

⁴⁷ De su voto en minoría en CCiv.Com. de Bahía Blanca Sala 2ª, "V. y otros c/ P. D. B. A. y otros s/ ds. ps." del 06/11/2009, MJ, Cita online: MJ53286.

⁴⁸ Trigo Represas, F. A., "La relación causal en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en *Derecho Privado*, Año 1(3), Buenos Aires: Infojus, pág. 140.

⁴⁹ ARTÍCULO 1.757.- Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

⁵⁰ Kemelmajer de Carlucci, A. (1998), "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997", LL, 1998-B, pág. 1.062.

⁵¹ López, E., (2005), "Responsabilidad de establecimientos educativos: La inconsciente necesidad de subjetivizar la responsabilidad objetiva", LL, 2005-B, pág. 473.

⁵² Loizaga, E., ob. cit., pág. 134.

aclarando éste último, que debe tratarse siempre de un hecho externo y ajeno a la actividad.

En contra, se pronunció Sagarna⁵³, quien pregona que la única causal de exoneración es el caso fortuito y se excluyen a las causas ajenas: hecho de la víctima y hecho del tercero. En el mismo sentido, Márquez afirmaba que "...si se entendiera que aún en ausencia de norma, el régimen general de la responsabilidad es de tipo objetivo, todas las eximentes causales servirían como defensa. Más aquí hay norma. La ley limitó las defensas, y, el texto, nos parece, no admite demasiadas interpretaciones. Si el hecho de la víctima o el hecho del tercero reúnen las características propias del caso fortuito, ya no deberemos utilizar aquellos conceptos para concluir en la eximición de responsabilidad, pues agregamos confusión conceptual a un tema axiológicamente difícil..."⁵⁴.

Pareciera que es esta última interpretación es la que prima en la nueva norma propuesta. La inclusión del vocablo "sólo", sinónimo de único o exclusivo, nos induce de ello. No obstante, no pueden soslayarse los términos propuestos en el art. 1.731, que reza: "Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito". Entonces, esta última causal, en los términos expuestos, podrá también liberar al titular del establecimiento. No sucederá lo mismo respecto del hecho de la víctima, a tenor de lo que surge de la redacción del art. 1.729⁵⁵.

e) Carga de su prueba.

Por último, en lo que respecta a la carga de la prueba de la causal de exención contemplada, no quedarán dudas de que aquella pesará sobre quien la invoque. Así, para hablar de inevitabilidad, resulta forzoso referir a la ausencia de actuar culposo. Esta falta de culpa es un recaudo esencial a ser probado por quien quiera hacer valer la defensa basada en el *casus* (artículos 513 del Código Civil y 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

El análisis deberá efectuarse con una valoración objetiva de las circunstancias de persona tiempo y lugar previstas en el artículo 512 del Código Civil. No

⁵³ Sagarna, F. A. (1997), "La ley 24.830. Nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos", en JA, 1997-III, pág. 927.

⁵⁴ Márquez, J. F. (2006, marzo 30), "Daños sufridos o causados por alumnos de establecimientos educativos. La cuestión de las eximentes de responsabilidad", MJ, Cita online: MJ2868.

⁵⁵ Art. 1.729. Hecho del damnificado. La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial.

podrá soslayarse considerar la especial diligencia que deben emplear quienes tienen encomendadas personas a su cargo y hacen de ello su profesión o actividad (artículo 902 del Código Civil). Pero aunque es correcto que ese análisis debe ser riguroso, no por ello debe configurarse en una suerte de caricatura de razonamiento imparcial meramente destinado a buscar la vía para dictar una sentencia condenatoria.

La cuestión no admite controversias en el ordenamiento jurídico actual, y pareciera que tampoco lo habrá, probablemente, en un futuro próximo. Ello, a tenor de lo expresamente previsto por el art. 1.734 del "Proyecto", que dice: "Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega".

6) El *casus* en la actividad deportiva.

Se ha expresado que el suceso que constituya caso fortuito o fuerza mayor debe ser además de inevitable -sea porque no pudo preverse, sea porque, aunque previsto o previsible, no pudo ser evitado- y ajeno al presunto responsable, extraordinario y anormal⁵⁶.

Se ha enfatizado esa noción señalando que el caso fortuito únicamente se conforma cuando ocurre un hecho insuperable, irresistible o insalvable. Esto implica que cualquier falta de diligencia, sea en la previsión del acontecimiento, sea en cuanto a las medidas necesarias para evitarlo, excluye la invocación de caso fortuito. No hay accidente fortuito si con una diligencia razonable pudo evitarse el daño (arg. arts. 512, 513, 514, 901, 902 del Cód. Civil)⁵⁷.

Es claro entonces que para poder determinar si se configuró o no el caso fortuito, deberá demostrarse que se tomaron todos los recaudos para que el hecho haya sido imprevisible y/o imposible de evitar. Con lo cual, aún dentro de un sistema de responsabilidad que tiende a ser cada vez más objetivo, la valoración de la culpa debe ser efectuada.

Reiteramos que no nos convence la doctrina que sostiene que el caso fortuito deba ser ajeno a la cosa o a la actividad en cuya órbita se produjeron los daños, pues la ley sólo exige el caso fortuito. Y si bien es cierto que rige en la actualidad un sistema de responsabilidad con tendencia netamente objetiva que se ha dado en llamar "derecho de daños", no por ello puede echarse

⁵⁶ SCJBA, "T.F.F.L. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ ds. ps." del 24/09/2008, (voto del Dr. Pettigiani), MJ, Cita online: MJJ39401.

⁵⁷ CCivCom. de San Martín, sala II, "Calderón, Liliana y otro c. Instituto Educativo Casa del Sol SRL" del 17/98/2004, LLBA 2005 (febrero), pág. 116.

por tierra con las ya limitadas posibilidades de exonerarse que la propia ley prevé, por un mero voluntarismo resarcitorio. Eso es lo que sucede cuando se presentan argumentos que adicionan a los textos legales requisitos que éstos no comprenden o los complementan con apreciaciones personales en la búsqueda de obtener una condena o, como muchas veces sucede, terminan por forzar la configuración de culpa en alguna acción u omisión, por más pequeña o inconducente que sea, a fin de justificar la determinación de la responsabilidad endilgada.

Para explicar mejor lo que intentamos demostrar, tomaremos como referencia una situación que suele presentarse en el ámbito de la práctica deportiva. Un impacto con una pelota es el típico ejemplo del hecho que es razonable suponer que suceda durante una práctica deportiva en la que se utilice un balón y que, en abstracto al menos, es también de toda lógica suponer que no será posible evitar siempre.

En efecto, podrán tomarse recaudos para intentar prevenir lesiones con ese objeto, como por ejemplo, asegurarse que el esférico sea del tamaño y peso adecuados para la edad de los participantes. También se podrá intentar disminuir los perjuicios derivados de un posible contacto con él (vgr., mediante el uso de protectores bucales, cascos, pecheras, *pats*, etc., en los deportes que los tienen previstos). Pero de ahí a sostener que puede resultar evitable el daño derivado de un impacto con la pelota, ello será cierto sólo mediante dos hipótesis. La primera, jugar únicamente con pelotas de goma espuma o con todos los jugadores protegidos con armaduras.

Pero como ni aún ello podría garantizar la indemnidad de los participantes, ello nos lleva a la segunda. Y así las cosas, lo cierto es que ese tipo de razonamientos sólo conducen a determinar la reducción o el cese de actividades o juegos que puedan implicar riesgos (en rigor de verdad, todas lo tienen ínsito). A ello debe sumarse los que condenan debido a caídas en ocasión de actividades realizadas en movimiento, sin que exista siquiera contacto con personas o cosas, con lo cual tampoco se deberían autorizar juegos que impliquen desplazamientos a velocidad o la mera posibilidad de torceduras, caídas, etc.

Si bien las condenas en materia de accidentes deportivos son mayoritarias (en particular aquellos en los cuales se ven involucrados menores), algunos tribunales, en algunos casos, se han animado a volver las cosas a su justo lugar. En forma reciente, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires -por mayoría-, rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley planteado por la parte actora, confirmando así el fallo que rechazaba la demanda interpuesta por los padres de un menor que vio afectada su vista como consecuencia de un pelotazo durante un partido de fútbol, en la inteligencia que -en las circunstancias bajo análisis-se configuraba un caso fortuito. En tal sentido se

expuso allí, que "(...) en orden a las contingencias propias del juego cuando están en actividad dentro de la cancha, las cuales además de asumidas por los participantes, aunque previsibles resultan inevitables para los organizadores por constituir un alea que resulta inherente e inseparable de esa práctica deportiva específica -art. 514 Código Civil- (...)"⁵⁸.

Es este tipo de razonamientos el que consideramos que debería aplicarse en materia de accidentes deportivos, sea cual fuere el ámbito en que ellos ocurran (encuentros ocasionales, en clubes, colegios, colonias de vacaciones, etc.). Si se trata de una circunstancia generada por la dinámica del juego en condiciones normales es, siempre, un caso fortuito, pues no pudo ser prevista, o si prevista, evitada aun tomando todos los recaudos necesarios.

Por eso, adherimos a posturas como las que sustentaba Orgaz al referirse a las lesiones deportivas, quien exponía que en el ejercicio deportivo debía distinguirse si los daños provenían de lesiones usuales de cada práctica deportiva y si habían sido provocados dentro del marco reglamentario del juego o no, exculpando incluso a aquellos daños que derivaran de infracciones normales o comunes. También deberían quedar impunes los daños, aún los graves y no corrientes (muerte, fractura de huesos, conmoción cerebral, etc.), según la índole del deporte, resultantes de acciones dentro de las normas del juego o, incluso, frente a infracciones normales dentro del deporte, por tratarse de un caso fortuito. Ello, claro está, siempre que no hubiesen derivado de violaciones a las reglas de juego con notoria imprudencia o torpeza o, desde luego, intención malévola, pues en estos dos últimos se respondería civil y penalmente⁵⁹.

Es claro entonces, al menos lo fue para el autor citado y lo es para nosotros, que si nos encontramos frente a un verdadero accidente deportivo -en los términos que en este trabajo desarrollamos-, se configura el *casus* que exime de responsabilidad o de la obligación de responder, tanto al dañante como a la institución en la que aquél se produzca.

De lo contrario, podríamos caer en el absurdo de forzar a cada participante a la búsqueda de un seguro que cubra posibles daños que pudiera ocasionar a otro jugador; y a las instituciones que favorecen las actividades a renegociar un encarecido contrato frente a la obligación de la compañía aseguradora de responder sin margen de exoneración.

⁵⁸ SCJBA, "G. E. O. y otro c/ Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s/ ds. ps.", del 09/06/2010, MJ, Cita online: MJJ56766.

⁵⁹ Orgaz, Alfredo (1974), *La Ilícitud (extracontractual)*, Córdoba-Buenos Aires: Lerner, págs. 179/80.

Por eso, vemos con preocupación la posibilidad de un serio impacto negativo en las actividades deportivas si entrase en vigencia "el Proyecto", sin que se realicen modificaciones que permitan mantener al accidente deportivo dentro de los márgenes del caso fortuito, tal como en estas líneas expusimos adecuado entenderlo. Sólo nos queda entonces anhelar que el marco normativo no quede, una vez más, ajeno a las consecuencias de las realidades que tutela.