



229901420007663501



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL

**SIMURO MARIA DEL CARMEN  
C/ DIRECCIÓN GENERAL DE  
CULTURA Y EDUCACIÓN DE  
LA PROVINCIA DE BS. AS. Y  
OTROS S/ DAÑOS Y  
PERJUICIOS**

**CAUSA Nro.: 696/1**

**JUZ Nro.: 3**

**RSD Nro.: 255 /13**

**Folio Nro.: 1635**

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 23 días del mes de diciembre de dos mil trece, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Primera, del Departamento Judicial La Matanza, Doctores Ramón Domingo Posca, Eduardo Ángel R. Alonso y José Nicolás Taraborrelli, para dictar pronunciamiento en los autos caratulados: **“Simuro María del Carmen c/ Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios” (causa nro. 696/1)**, habiéndose practicado el sorteo pertinente -art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, resultó que debía ser observado el siguiente orden de votación: **Dr. Taraborrelli, Dr. Alonso, Dr. Posca**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

### **CUESTIONES**

**1ª Cuestión:** ¿Es justa la resolución apelada?

**2ª Cuestión:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

## **VOTACION**

**A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSE NICOLAS TARABORRELLI, dijo:**

### **I.- Antecedentes del caso**

Se trata de un caso en el cual, un niño de cinco años sufre un accidente cuando estaba jugando en el recreo. En Primera Instancia, la Sra. Jueza hizo lugar a la demanda promovida por los progenitores del menor en nombre y representación del mismo, condenando a la docente a cargo y al establecimiento educacional público al pago de los daños y perjuicios sufridos por el menor, haciendo extensiva la demanda en contra de la aseguradora, con más sus intereses y costas.

### **II.- Los recursos de apelación y sus agravios.**

La sentencia dictada a fs. 678/688 fue apelada por las siguientes partes a saber: a) Por la citada en garantía a fs. 695; b) Por la docente Moreno a fs. 699; c) Por la representante legal del menor a fs. 701; d) Por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires, a fs. 702; habiendo sido concedidos los respectivos recursos de apelación a fs. 696 y 703.

Radicadas las presentes actuaciones por ante ésta Sala Primera a fs. 765, a fs. 766 se pusieron los autos en Secretaría y se llamó a expresar agravios a los apelantes.

### **III.- Agravios de la Dirección General de Cultura y Educación**

A fs. 773/5 presenta sus quejas al fallo la Dirección General de Cultura y Educación de la Pcia. de Bs. As., en estos términos: 1.- Respecto al rubro incapacidad física asignado a la suma de \$25.000, resulta excesivo y no existe relación adecuada entre el daño y el monto fijado, ello en base al grado de incapacidad dispuesto en la pericia. 2.- Apela el monto dispuesto en concepto de daño moral por considerarlo desmesurado y no ajustado a derecho. 3.- Se agravia del

monto concedido por el daño psicológico, por no indicar la formula para determinar esa suma. 4.- Tampoco se han acreditado los gastos médicos y de traslado, cuando en realidad el menor fue atendido en un hospital publico. 5.- Que sin perjuicio de los expuesto, la deuda exigida a la Pcia. de Bs. As. se encuentra encuadrada dentro de las disposiciones de las leyes 12.727 de emergencia económica y la nro. 12.836 de consolidación de deudas a cargo de la Pcia. de Bs. As. de fecha 30 de noviembre de 2.001, todas ellas vigentes al día de la fecha.

#### **IV.- Las quejas al fallo por Provincia Seguros S. A.**

A fs. 776/8 fundamenta su recurso de apelación Provincia Seguros S. A., sobre la base de estas quejas. 1.- Que el hecho narrado fue puramente casual, imprevisible y normalmente inevitable. La expresión caso fortuito aún respecto de los daños sufridos por los alumnos debe ser entendida en sentido amplio, comprensiva de todo hecho que se presente como imprevisible e inevitable, caracteres que puede excepcionalmente tener la conducta de la propia víctima, para la determinación de tales recaudos hay que atender a las circunstancias del caso y especialmente a la edad del menor. El hecho generador del daño cae dentro de la órbita del caso fortuito, por ser imprevisible e inevitable, para las autoridades del establecimiento. 2.- Se agravia del monto otorgado por lesiones físicas por cuanto no se corresponde con lo actuado y probado en autos. El daño debe producir una merma en la capacidad de obtener ganancia o producir bienes del sujeto que lo reclama. Si el menor no trabaja ni estaba en condiciones de hacerlo por su corta edad, no se configura un perjuicio económico actual. Este tema no ha sido tratado en la sentencia. Nada se dice allí en cuanto a que la víctima no realizaba tareas laborales al momento del hecho; tampoco se fundamenta el monto otorgado con relación a futuras actividades laborativas del menor. 3.- Se agravia del monto otorgado en concepto de daño psicológico. Tal como se indica en el fallo la licenciada Díaz ha concluido que el menor presenta una incapacidad psicológica parcial y permanente del 10%. Pide se rechace este rubro o en subsidio se lo reduzca. 4.- Se queja del monto otorgado por gastos médicos y de traslado; la admisión del rubro no encuentra sustento en lo probado en autos. No se arrimó prueba fehaciente. 5.- Pérdida de chance. Se agravia del monto fijado por este concepto. No hay pérdida de chance

laboral ni pasada ni futura. Pide su rechazo. Se revoque la sentencia en los términos en que se expone.

#### **V.- Críticas a la sentencia por parte de la docente demandada**

A fs. 779/786 expresa sus agravios la docente Moreno bajo estos términos. 1.- La sentencia no constituye una derivación suficientemente fundada al condenar a la docente a tenor de la noción de culpa prevista en el art. 1.109 del Cód. Civ., sobre una valoración meramente genérica mediante afirmaciones dogmáticas de los hechos conducentes y decisivos alegados en el responde de Moreno y probados en la causa, en franca infracción de las reglas de la sana crítica y el principio de congruencia procesal. 2.- El pronunciamiento adolece en sus fundamentos de auto contradicción, arbitrariedad y absurdo. 3.- Se probó que la docente se encontraba en el patio y corrió a auxiliar a Julián. Primer agravio. El decisorio omite todo tratamiento de aquellas circunstancias en concreto de las personas, del tiempo del lugar. El lugar un centro educativo creado especialmente par atender una problemática de resocialización de niños a contra turno de la escuela común. En una zona de alto riesgo social. No se trata de una escuela común, sino de un C.E.C. es decir un Centro Educativo Complementario, según el boletín aportado por los actores. Las condiciones edilicias calamitosas del predio donde ocurrió la caída. El número de niños que supervisaba la docente. Las acreditadas condiciones profesionales de la docente. La mecánica especial del accidente. Las acciones preventivas concretamente realizadas por Moreno y acreditadas en autos. Segundo agravio. El art. 512 del Cód Civ. ha adoptado como criterio de apreciación de la culpa del deudor el criterio in concreto y circunstancial y debe realizarse atendiendo a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. La docente se ocupaba simultaneamente de controlar el juego de las de treinta niños entre múltiples peligros: vidrios, baldosas rotas, escaleras sin protección, ventanas sin vidrios, cableado electrónico deteriorado, en un entrono amenazante de violencia social urbana de los linderos, etc. La contingente caída del niño aparece como un suceso inevitable para las posibilidades de atención personal que la docente diligente brindó a todo el grupo de alumnos. Especular con la factibilidad de implementar alguna medida de cuidado respecto a uno sólo de los factores de riesgo que detentaba el patio – cuando se

estaba sorteando, de modo simultaneo, tantos otros aun graves y sobre un grupo numeroso de niños- implica, cuanto menos, una interpretación artificiosa e inverosímil de los hechos. Pide que oportunamente se revoque la sentencia y se rechace la demanda contra la docente Moreno, con costas en ambas instancias.

A fs. 789 se declaró desierto el recurso interpuesto por la actora a fs. 701 y que fuera concedido a fs. 703, tercer párrafo.

## **LA SOLUCIÓN**

### **VI.- Responsabilidad objetiva del establecimiento educativo.**

#### **Obligación de seguridad de medios y de resultado. Culpa grave.**

##### **Caso fortuito o fuerza mayor.**

En el régimen jurídico de nuestro derecho positivo subsiste y tiene vigencia la acción directa contra el autor del daño, aunque sea un docente (pertenezca a la enseñanza pública o privada). La acción directa de la víctima contra los docentes requiere que el actor pruebe la culpa personal del demandado. La pretensión del actor se funda en el dogma jurídico de que todo aquel que por su culpa o negligencia ocasiona a otro un daño está obligado a la reparación del perjuicio (art. 1.109 del Cód. Civ.). Tratándose de establecimientos públicos se funda en el art. 1.112 del Cód. Civ., que prevé la responsabilidad personal de los funcionarios públicos por no cumplir, sino de manera irregular, las obligaciones legales que les están impuestas.

El factor subjetivo de responsabilidad toma en cuenta la reprobabilidad de la conducta del sujeto ofensor o dañador, ya sea que haya obrado con culpa o dolo. En la responsabilidad civil extracontractual – como en el caso de autos- la culpa debe probarse, es decir que si se quiere hacer valer la responsabilidad extracontractual de alguien es imprescindible probar su culpa (art. 1.109 del Cód. Civ.).

Con referencia a la responsabilidad de los docentes Alejandro Dalmacio Andrada, señala que los dueños de los centros de enseñanza son los principales responsables frente a la víctima. Y agrega que ello no significa, sin embargo, que los docentes carezcan de responsabilidad por los daños que puedan

irrogarse, toda vez que la víctima puede demandar directamente al docente, en los términos de los arts. 1.109 y 1.112 del Cód. Civ. por razón de su hecho propio, demostrando la culpa en que ha incurrido el maestro (Andrada Alejandro Dalmacio, Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos y de los docentes, Pub. La Ley. 1998-E, 1242).

Esa responsabilidad está condicionada a la concurrencia de los cuatro presupuestos de responsabilidad civil extracontractual, es decir, la antijuridicidad, el factor de atribución subjetivo de responsabilidad a título de culpa o dolo, el daño y la relación de causalidad adecuada.

Estimo que se requiere una culpa calificada *—es decir probar que el docente incurrió en culpa grave—*, pues así lo destacó el profesor Alterini, en las reuniones conjuntas que precedieron a la sanción de la ley 24.830, que modifica el art. 1.117 del Cód. Civ., en su disertación y exposición, sosteniendo lo siguiente idea: “Teniendo en cuenta el sentido general del pensamiento y el sentido de justicia que existe en la comunidad, me parece que respecto a esta pretensión de interés, si bien la comunidad está exigiendo que el daño sea reparado, ella no está queriendo instalar el terror o llevar a la ruina a los maestros y directores de escuela por circunstancias ajenas a su culpa -me animaría a decir de su culpa grave – o a su dolo” (Exp. del doctor Alterini, N° 8, agosto de 1997, p. 1693, La Ley, Antecedentes Parlamentarios, cit. por Andrada Alejandro Dalmacio, op. cit. ).

En tal sentido la culpa lata o grave, es aquella en que incurre un hombre con gran negligencia. Tanto el criterio de apreciación judicial de la culpa: “in-concreto” como “in-abstracto”, en la práctica, ni el sistema objetivo abstracto prescinde de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de persona, tiempo y lugar, ni el sistema subjetivo o concreto deja de comparar la conducta del agente con la del individuo de diligencia normal u ordinaria. El criterio aportado por Vélez Sarsfield es amplio y flexible y se adapta a las múltiples situaciones concretas que pueden presentarse en la vida de relación. Nos adoctrina Jorge Mosset Iturraspe, que ello nos ratifica en la calificación que ya diéramos al sistema de Vélez, sistema mixto o tornasolado, pues el criterio seguido depende de las circunstancias (Mosset Iturraspe, Jorge, en Responsabilidad por daños, T° I, parte general, Ed. Rubinzal-

Culzoni (Santa Fe, año 1998), pág. 137). El juez al apreciarla no debe tener demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, solo exigirle al deudor de la obligación los cuidados razonables, sea en razón de la naturaleza de la obligación –en nuestro caso téngase presente que la obligación de seguridad asumida por el docente es de medios- sea en razón de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar en donde se produjo el hecho.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Cómo es posible responsabilizar a una docente que en el recreo debe observar a treinta, sesenta, setenta o cien niños, para mirarlos y vigilarlos a todos a la vez?, ¿si en ese contexto un alumno menor de edad se lesiona?; cuando hoy en día la escuela y la enseñanza responden a una unidad económica-empresarial (Kemelmajer de Carlucci A.- Responsabilidad Civil de los Establecimientos Educativos en la Argentina, La Ley 1998-B-1047), pero no como negocio comercial, sino en cuanto a su organización, pues la vigilancia de los alumnos, en la educación moderna, no está sometida al control de una persona determinada, sino al de una organización de mas o menos compleja, que impone directrices e instrucciones, habida cuenta del explosivo aumento del número de alumnos y de docentes, que es un dato que no podía prever el legislador del siglo pasado; también han cambiado los métodos pedagógicos, el comportamiento y modo de actuar de alumnos y docentes.

En cuanto a la obligación de seguridad que asumen los docentes, es de medios y no de resultado, esto es, que el maestro no garantiza como resultado que los alumnos serán devueltos a sus padres sanos y salvos. En efecto, es más razonable suponer que la obligación tácita de seguridad solamente comporta para el docente los medios apropiados para que el alumno no sufra daño alguno, es decir, en este caso la presencia de personal idóneo en el cuidado y vigilancia de los menores. En las obligaciones de medio el deudor solo promete una diligencia que normalmente conducirá al resultado esperado por el acreedor, resultado que éste no podrá exigir en cuanto se encuentra fuera de la prestación debida. En las obligaciones de medio, el acreedor es quien debe probar la culpa del deudor, que está dada en su falta de diligencia, única prestación comprometida, ya que no se obligó a garantizar un resultado.

La catedrática Aída Kemelmajer de Carlucci se preguntó: ¿Porqué se eliminó la presunción de la culpa del director del colegio y del maestro-artesano y porqué se consagró una responsabilidad objetiva del centro de estudios?. La presunción no tiene ningún respaldo en la realidad: “dado que los colegios albergan a miles de alumnos, es evidente que la posibilidad de vigilancia por parte del director resulta de rayana dificultad, lo que la hace excesiva e injusta”. “El explosivo aumento del número de alumnos y de docentes es un dato que no podía prever el legislador del siglo pasado; también han cambiado los métodos pedagógicos, el comportamiento y modo de actuar de alumnos y docentes. Esta responsabilidad ha creado un estado de permanente angustia en quienes ocupan cargos directivos que va en detrimento de todo el sistema educativo, pues el docente no puede dedicarse, con tranquilidad de espíritu, a sus labores específicas”. “Todas estas razones, y en especial la falta de compatibilidad con la realidad, llevaron a propiciar una interpretación restrictiva de la norma; este achicamiento, alguna vez, se hizo extensivo a la responsabilidad del Estado” (Aída Kemelmajer de Carlucci, Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en la Argentina, después de la reforma de 1997, Pub. en La Ley, 1998-B, 1047).

Ahora bien, la citada autora señala que con referencia al camino hacia la responsabilidad objetiva del centro de estudios, se esgrimen los siguientes argumentos: -“La vigilancia de los alumnos, en la educación moderna, no está sometida al control de una persona determinada, sino al de una organización de mas o menos complejidad, que impone directrices e instrucciones. -No es posible diluir la responsabilidad del propietario del establecimiento educativo privado ni la del Estado; en un caso, es una responsabilidad empresarial que se debe asumir como en cualquier otra actividad, y en el otro, es el cumplimiento de un deber insoslayable del Estado. -Las medidas relativas a la organización son asumidas por los titulares del centro; el riesgo de que se produzcan daños es un riesgo propio de lo que puede denominarse la “empresa docente”, concebida como una unidad económica. De allí la necesidad de un seguro. - Por eso, la ausencia de culpa en los profesores no tiene porque excluir la responsabilidad del titular del centro desde que a éste competen tareas organizativas de dirección cuya defectuosa ejecución puede ser la única causa

determinante del acto dañoso causado o sufrido por el alumno. – De hecho en la jurisprudencia nacional y extranjera, los casos más frecuentes, enfrentan demanda contra el estado o el titular privado del instituto, garantes de los daños sufridos. – Las nuevas técnicas pedagógicas han aumentado considerablemente las actividades extraescolares y complementarias merced a la seria convicción de que la realización de las mismas contribuyen en forma decisiva a la formación integral del alumno. Consecuentemente, se han visto ampliadas de forma considerable las parcelas de riesgo; de hecho la mayoría de los accidentes se producen en actividades extraescolares (excursiones, desplazamientos, actividades deportivas, etc.). –Al litigante (generalmente los padres del menor) le resulta muy difícil probar cómo se produjo el daño, pues ha acaecido fuera de la órbita de custodia del reclamante” (Aída Kemelmajer de Carlucci, op. cit).

Que con referencia a la escalerilla del tobogán no se probó –mediante un medio probatorio idóneo al efecto, que era una cosa viciosa o peligrosa-, por cuanto le habían retirado del tobogán la tabla de deslizamiento, que sí presentaba un riesgo, corroborado por la fotografía de fs. 123 que aparece la escalera, sin la tabla de deslizamiento. Podríamos decir que en tales circunstancias era una cosa inofensiva, definidas como aquellas que no causan ofensas, que no generan riesgos ni son cosas viciosas y frente al acontecer de este tipo de hechos, el régimen aplicable es el previsto en el art. 1.109 del Cód. Civ. Apunta Sagarna que de todas formas, tampoco se le solicita a los docentes que extralimiten los cuidados en el establecimiento escolar a fin de convertirlos en claustros de opresión (Sagarna Fernando Alfredo, Responsabilidad civil de los docentes y de los institutos de enseñanza, Ed. Depalma, Bs. As., año 1996, pág. 61). En el caso de autos, el menor víctima carecía de discernimiento, contaba con cinco años de edad a la fecha del accidente (art. 921 del Cód. Civ.). En efecto, dicho suceso o siniestro se debió a la propia conducta del menor, y que resulta responsable el establecimiento escolar demandado (art. 1.117 del Cód. Civ.), y no la docente accionada Moreno, como se demuestra en esta sentencia, quien según se acredita con el registro personal de actuación profesional agregado a fs. 117, la misma goza de responsabilidad:

sobresaliente; concepto: sobresaliente; condiciones personales: sobresaliente; condiciones profesionales: sobresalientes; concepto de desempeño: sobresaliente.

## **VII.- El hecho, las condiciones inhóspitas del lugar y la cantidad de celadores.**

No puede responsabilizarse al docente por el accidente de la víctima, pues siendo ésta la consecuencia de que el establecimiento de enseñanza público o el Estado no cumplió con garantizar el deber de seguridad como obligación de resultado, resulta que la conexión de la causa del daño a la salud del menor, es atribuible objetivamente al propietario del centro de educación, por así surgir de la norma del art. 1.117 del Cód. Civ., por la sola circunstancia de haber sufrido el menor una lesión en su perjuicio y que no engendra obligación de reparar esos perjuicios por parte de la docente Moreno, toda vez que ella –la docente- actuó con la debida diligencia y previsión, en un lugar totalmente inhóspito, inadecuado y peligroso y riesgo para los alumnos, y que es obligación del Estado preservar la integridad psicofísica y moral de sus alumnos, cumpliendo debidamente con todas las normas de seguridad, con el objeto de evitar que se dañen, sin trasladar esa obligación legal a los docentes. Sostener una conclusión contraria, implicaría tanto exigir la presencia en las escuelas de un número extraordinario de celadores, como resultaría de la proporción correspondiente a la gran cantidad de alumnos que en juegos propios de su edad se mueven en los recreos y en patios de dimensiones adecuadas a esa cantidad.

Con la toma fotográfica que luce agregada a fs. 123, se acredita el lugar de recreación de los niños alumnos, quienes se encuentran jugando en los juegos y se observa además que el pasto no está cortado, los niños juegan entre medio del mismo, siendo un lugar inadecuado para ellos.

A los accionantes les incumbe demostrar que el daño se origina en una violación culposa de carácter grave, del deber de vigilancia que pesaba sobre la demandada –como obligación de medios- y esta puede exonerarse probando que ha cumplido suficientemente su deber de diligencia o que el daño hubiere surgido igualmente desplegando la debida diligencia y atención.

La obligación de preservar la integridad física de un menor alumno, que se ejecuta por los docentes consiste en una obligación de medios. De ahí que la puesta en marcha de la garantía del deudor exige que se demuestre la culpa de los sujetos que concretan fácticamente la prestación (arts. 512, 1.109, 1115 del Cód. Civ.), por cuanto es una mera obligación de diligencia, y no cabe ceñirse con estrictas pautas rígidas, cuando se trata de relaciones jurídicas donde se encuentran involucrados menores de corta edad, donde es fundamental tener en cuenta la obligación de seguridad asumida por el Establecimiento Educativo de Enseñanza Pública Estatal, que sí es una obligación de resultado (art. 1.117 del Cód. Civ.), dejando a salvo que la obligación del docente es de medios.

Las dificultades que puedan haber en un colegio multitudinario para ejercer una apropiada vigilancia del alumno deben contemplarse humanamente para apreciar judicialmente la prueba de la culpa grave del docente. Hoy en día ha cambiado notablemente el comportamiento y la conducta de los alumnos, como ha cambiado también el ejercicio y la puesta en práctica de la autoridad docente. En la época de sanción del art. 1.117, del Cód. Civ., –año 1.871, fecha en que entró en vigencia- existía por parte de los alumnos lo que se denomina “el temor reverencial”, y precisamente por la mutación de las conductas y comportamiento de los educandos y el cambio de las conductas de los educadores al frente del aula, y considerando que los alumnos de hoy en día son más indisciplinados que en el ayer, como también a crecido notablemente la población estudiantil que concurren a las escuelas y colegios, y frente al desborde de los escolares fue necesario producir la reforma del art. 1.117 por la ley 24.830 en el año 1.997, estableciendo en cabeza del propietario del colegio de enseñanza pública o privada una suerte de presunción legal objetiva de responsabilidad civil por los daños sufridos por los alumnos, poniendo en cabeza de la autoridad educativa un deber tácito accesorio de seguridad como obligación de resultado, es decir que garantiza legalmente la integridad psicofísica y moral del alumno mientras se encuentre bajo la autoridad educativa. Sin embargo, como ya se expuso precedentemente, si se pretende responsabilizar al docente, la obligación de seguridad que el mismo asume, es de medios.

Parafraseando a Sagarna, “...el docente tiene la tarea importantísima de formar en gran parte el carácter del niño, de brindarle el apoyo necesario para la asimilación de los valores sociales y de otorgarle la posibilidad de un desarrollo pleno. El docente ejerce una labor meritoria y es por ello que debe analizarse su conducta para con el escolar, su dedicación a la vigilancia y al control, en definitiva, la moral en su trabajo, pues, como decía Carlos Pellegrini en su juventud, para enseñar se precisa no sólo ilustración sino también moralidad. (...) Muchas veces debe ejercer su función en lugares inhóspitos como son las escuelas de escasos recursos económicos y ubicadas en lugares alejados de los centros urbanos, careciendo del material necesario y adecuado para brindar una apropiada seguridad. (...) Estos puntos, y otros, deben ser percibidos por el juez; tales como son el cuidado y manejo de los útiles y elementos pertenecientes al instituto educativo y que sirven para dar lecciones, el estado de las instalaciones del edificio escolar o del que lo reemplace, la capacitación de los docentes, como así también las comunicaciones dadas a los superiores por parte del dirigente del colegio, entre muchos otros. Toda información de anormalidades (brindadas por los psicólogos, psicopedagogos, etc.) es necesaria y será valedera no solo por la potencialidad de un proceso judicial, sino para salvaguardar a los alumnos y al personal del establecimiento, como a los terceros que concurran al mismo, de todo tipo de perjuicios. La prevención de accidentes durante la actividad docente debe prevalecer sobre todo otro recaudo...” (Sagarna. Fernando Alfredo, op. cit. págs. 233/238).

#### **VIII.- Estudio y consideración de los medios probatorios rendidos en autos**

##### **Descripción del estado de deterioro edilicio de la escuela**

En efecto, a fs. 410/411 atestigua Farias, docente del establecimiento escolar, declarando que conoce las condiciones edilicias y que eran bastantes malas. Había muchos vidrios rotos, escaleras hacia una planta alta en donde había ventanales grandes sin vidrios, faltaba bastante mobiliario en cuanto a sillas, mesas. Constantemente recibía saqueos y robos que sucedían los fines de semana. En el patio se encornaban juegos de jardín, entre ellos un tobogán, de los cuales en ese momento se encontraba solo la escalera, no así la rampa, ya que gracias a los pedidos

de los docentes, logramos conseguir que sacaran las tablas que estaban rotas. Nosotros como docentes, hicimos varios mapas de riesgo, que elevamos a la dirección informando sobre la gravedad de cada uno de estos elementos deteriorados. No recibiendo atención una respuesta de los mismos. Por ejemplo con relación al tobogán, la respuesta de porque no podían sacarlo, era porque estaba enterrado a 7 metros y ese era un motivo por el cual no lo podían sacar. A fs. 413/4 presta declaración Massacesi, padre de un alumno que concurre al establecimiento educacional, relatando que: “es inhumano, tiene muchas problemáticas, muchas falencias. Vidrios rotos, inseguridad por la parte de atrás donde está el jardín donde los chicos saltan (no los chicos que asienten al Centro educativo) y son traviesos y entran a molestan cuando los otros están estudiando. También sobre la problemática del tobogán, la Srta. Alejandra había hecho una reunión, con los padres, a raíz de esa problemática, no solo del juego, sino del estado del establecimiento. Yo asistí a esa reunión, y se armó un escrito, un petitorio. Donde todos los padres que estábamos en esa reunión firmamos y pedíamos las mejoras de arreglo del juego de tobogán, limpieza y seguridad. Esto fue dentro del año 2.001, porque mi nene al año siguiente pasó a la primaria. A fs. 415/415vta. el testigo Sena describe que por trabajar en la institución, conoce todas las cuestiones edilicias, con algún deterioro, falta de mantenimiento en general, tanto antes como ahora, Los docentes habían hecho un mapa de riesgo y denunciaron las condiciones en que estaba el estado de la institución a las autoridades. Que eran conciente del peligro que significaba para los niños, el juego estaba deteriorado por la mitad, un tobogán que le faltaba la caída, la rampa. Y finalmente a fs. 429 declara Le Pors detallando que: “el deterioro del edificio era mas que nada en el patio, baldosas levantadas, hay alambres sueltos, nada seguro para que los chicos estén ahí dentro. Desde afuera del instituto se veía a la estructura, con la escalera, la arte para apoyar los bracitos, pero le faltaba lo principal, por donde bajar, la madera (respuestas segunda y quinta). Todos estos testimonios –que los declaro con valor probatorio- y que son valorados bajo la lupa de la sana crítica, se encuentran corroborados por los informes producidos a fs. 339/368 denunciando el mal estado edilicio, entre otros la falta de protectores de ventanas, vidrios rotos, los robos, adjuntado una planilla de situación edilicia,

detallando las necesidades y observaciones, con detalle del mapa de riesgo, con descripción de las malas condiciones edilicias en que se encuentra el establecimiento de educación, y en especial lo que surge de fs. 357, respecto al tobogán: “Delimitar el patio: único espacio exterior compartido con primaria inicial. Preservar y mantener los juegos. Arenero. Respuesta pedag.”. “Prevención. Evitar riesgos” (sic.). Con todos estos medios probatorios se acredita las pésimas condiciones edilicias en las cuales los docentes deben impartir educación, como también se prueba y se demuestra la constante preocupación de las maestras elevando a sus superiores las pertinentes denuncias para que se reparen y reacondicionen los deterioros y roturas existentes en los distintos elementos que componen el edificio, siguiendo la misma suerte el tobogán en cuestión, sin solución de continuidad. De ello se deduce que la demandada y los demás docentes han actuado –conjuntamente con los padres de los alumnos- con la debida diligencia, actuando con cuidado y previsión, al formular las denuncias y pertinentes reclamos a sus superiores, y sin solución de continuidad.

Frente a dicho cuadro de situación, me pregunto: ¿Se puede responsabilizar al docente del accidente ocurrido: La respuesta es no. Toda vez que el estado macro de deterioro general de la escuela y en particular del tobogán al que le habían retirado la madera de deslizamiento por sus malas condiciones, cuando los docentes formularon los reclamos previos alertando la situación de riesgo que presentaban las cosas en general afectadas a la educación, mal se puede responsabilizar a la demandada Moreno de todo ello, con el agregado que según surge de la declaración testimonial de Farias a fs. 411, tenía –en el momento del accidente- a su cargo 30 alumnos para controlar en esas condiciones de deterioro constante, y de situación de riesgo, abrazar con su vista a esos 30 alumnos, para protegerlos a todos, resulta materialmente imposible, y con la agravante de que la escuela pública, donde presta funciones de docente no cumple debidamente con las normas de seguridad destinadas a proteger a los alumnos.

De este modo, no se acreditó la culpa grave en cabeza de la docente demandada, y habiendo demostrado la misma una conducta diligente, actuando con cuidado y previsión de acuerdo a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar en donde se produjo el accidente –es decir, un centro de estudios en

condiciones inhóspitas, calamitosas e inadecuadas para impartir educación-, no cabe más que concluir, que con referencia a la imputación de responsabilidad a la misma – desde ya improcedente-, que el infortunio se produjo por el hecho de la víctima, que genera responsabilidad en cabeza del propietario del establecimiento de enseñanza publico y no en cabeza de la docente Moreno. Tampoco se probó en autos la relación de causalidad entre la supuesta e hipotética omisión de las diligencias necesarias a cargo de la docente y el daño sufrido, ni se acreditó que la misma violó el deber de seguridad como obligación de medios, cuya carga de la prueba le incumbe al actor (art. 375 del Cód. Proc.).

#### **IX.- Caso fortuito o fuerza mayor**

Ahora bien, finalmente me abocaré al planteo que formula la citada en garantía Seguros Provincia S. A., argumentando que se trató de un caso fortuito o fuerza mayor que exime de responsabilidad al Establecimiento de Educación Publica y por ende a su aseguradora.

Es necesario destacar y poner de relieve que la demandada Dirección General de Cultura y Educación de la Pcia. de Bs. As., no apeló la parcela del fallo en donde se la sindicó como responsable civilmente del accidente de autos, por lo tanto este ítem del pronunciamiento judicial, con respeto a ella, quedó firme y consentido, sin embargo la citada en garantía se agravia de la sentencia planteando en la Alzada el caso fortuito o la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, quedando vedado al Tribunal de apelación tratar cuestiones que la parte no articuló como defensa en Primera Instancia (art. 272 del Código Procesal), sin perjuicio de ello, para dar respuesta a la citada en garantía, dispone el art. 1.117 del Cód Civ. que la única eximente de responsabilidad es el caso fortuito (art. 514 del Cód. Civ.), que interrumpiría el nexo causal. Para que el caso fortuito o la fuerza mayor actúen como eximente de responsabilidad del establecimiento educacional publico o privado debe reunir los siguientes caracteres jurídicos, a saber: a) La imprevisibilidad y la inevitabilidad o irresistibilidad son notas características del concepto de casus. La evitabilidad o inevitabilidad de una consecuencia no es una cuestión autónoma, sino que depende exclusivamente de la previsibilidad o imprevisibilidad de la misma. Es decir, la “causa” de la inevitabilidad de una consecuencia, siempre es su

imprevisibilidad. Basta que una consecuencia es imprevisible para que, asimismo, deba reputársela inevitable, y viceversa, si una consecuencia es previsible, es a la par evitable. b) Extraordinariedad. Cuando una consecuencia no acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, es decir, se la considera extraordinaria respecto del hecho del agente. La nota extraordinaria debe reputarse imprevisible. Las consecuencias ordinarias, es decir, las que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, por tal razón son y se suponen previsible para la especie humana. c) Para que actúe como eximente de responsabilidad tiene que ser un suceso ajeno o exterior al hecho. La extraneidad e inimputabilidad y la exterioridad no son más que el corolario de la imprevisibilidad. Toda consecuencia imprevisible es, por tal calidad extraña al agente (Gianfelici Mario César, Caso fortuito y caso de fuerza mayor, en el sistema de la responsabilidad civil, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. año 1.995, págs. 76/88).

Como puede apreciarse sin hesitación, el accidente sufrido y padecido por el alumno menor de edad, no fue un suceso imprevisible e inevitable. Ni fue tampoco un suceso ajeno, exterior o exógeno al hecho, todo lo contrario; lo cierto es que el alumno sufrió un accidente que fue la causa de los daños a su salud, mientras estaba jugando en el recreo, y bajo el control de la autoridad educativa, es decir bajo el control del establecimiento de educación pública, quien asume un deber de seguridad tácito como obligación de resultado, esto es reintegrar el alumno a sus padres “sano y salvo”, que garantiza legalmente el ente educacional, toda vez que a la educación escolar o el ente educativo –en todo en su conjunto- se lo considera una “empresa riesgosa” por si misma, y que es el fundamento de esta presunción legal de responsabilidad civil objetiva; de allí que según la norma legal del art. 1.117 del Cód. Civ. reformado por la ley 24.830: Los propietarios de establecimientos educativos privados o públicos son responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores de edad, cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, y más aún cuando se trata –como en el caso de autos- de un Centro Educativo Complementario.

#### **X.- Daño a la salud.**

##### **Incapacidad física parcial y permanente sobreviniente.**

Vengo reiterando en mis votos en otros casos similares al presente que el daño a la persona incide, en cualquier aspecto del ser humano, designándose como daño a la integridad psicosomática, con lo cual se cubre lo que de naturaleza posee y tiene el hombre. Se entiende por salud, según la definición formulada por la Organización Mundial de la Salud, “...un estado de completo bienestar psíquico, mental y social”.

Todo daño a la persona repercute en la salud del sujeto al alterar, en alguna dimensión, su estado de bienestar integral y general. En la especie, estamos frente a un daño a la salud, mientras compromete el entero modo de ser de la persona y representa un déficit en lo que atañe al bienestar integral de la persona humana.

Que el art. 12 de la Constitución de la Pcia. de Bs. As. As., determina que todas las personas en la Provincia tienen derecho a la vida, a la “integridad física, psíquica y moral“. Por ello la afectación de dicha integridad configura un daño indemnizable. No se trata de reparar una incapacidad, sino todo daño real ocasionado a una persona humana, en cuanto ésta tiene derecho a conservar frente a lo demás aquella integridad, a que su cuerpo no se vea dañado o alterado (art. 1.068, 1.069, 1.083 del Cód. Civ.).

Dentro del concepto de incapacidad sobreviniente corresponde que se incluya a toda disminución física, que deje una secuela permanente para el trabajo o la vida de relación al sujeto que lo sufre, considerando el juzgador de tal forma a la salud en su cabal integridad. Las secuelas aunque parciales, habrán de acompañar siempre a la víctima del accidente, produciéndole una minusvalía que la indemnización pecuniaria tratará de remediar en una suerte de equivalencia, sobrellevando de tal manera el menoscabo de su plenitud física, que la víctima solía gozar con total plenitud y con la debida amplitud y libertad. En suma, se trata de resarcir a la persona humana por la totalidad de los menoscabos que la hayan afectado en la integridad material y espiritual que constituye (art. 5-1 Convención Americana de Derechos Humanos).

Transita la vigencia de la “tesis de la inviolabilidad de la persona humana“, y el que daña a un tercero debe resarcir el mal causado, sobre la base del apotegma romanista “no dañar al prójimo”, -con fundamento cristiano- que cobra

lozanía con raíz constitucional en el art. 19 de la C. N. En el Congreso Internacional de Derechos de Daños (junio de 1991) la Comisión n° 1, al tratar el Daño a la persona, aprobó las siguientes conclusiones: 1°) La inviolabilidad de la persona humana, como fin en si misma, supone su primacía jurídica como valor absoluto. 2°) La persona debe ser protegida no sólo por lo que tiene y puede obtener, sino por lo que es y en la integridad de su proyección...”. “...4°) El daño a la persona configura un ámbito lesivo de honda significación y trascendencia en el que pueden generarse perjuicios morales y patrimoniales...”.

El Juzgador no puede estar ajeno al principio de progresividad que enuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), recordando que la dignidad de la persona humana constituye el centro o eje sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional, haciendo presente el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Es por ello que, en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, no está ausente la evaluación del daño como frustración del desarrollo de la plena vida”.

El art. 1.086 del Cód. Civ., no menciona a la incapacidad permanente, sin embargo el art. 89 del Cód. Penal se configura el delito de lesiones, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño; disponiendo el art. 90 del mismo cuerpo legal que si la lesión produjera una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra, o se hubiese puesto en peligro la vida del ofendido, lo hubiere inutilizado para el trabajo se le impondrá reclusión o prisión de 1 a 6 años; pero es éste, el renglón principal del resarcimiento y se configura cuando el delito o cuasi-delito deja en la víctima una secuela irreversible, que se traduce en la invalidez permanente del lesionado para el desempeño de cualquier trabajo sea la incapacidad total o parcial.

Cuando la incapacidad es parcial y permanente – caso de autos- debe en primer lugar establecerse el déficit de capacidad en que quedó afectada la víctima en comparación con la aptitud completa del sujeto para el trabajo, lo que se mide en

términos de porcentaje y a partir de pericias médicas. Sobre dicha base el juez efectúa la estimación del monto indemnizatorio teniendo presente la actividad desplegada normalmente y los ingresos que la misma significa, es decir lo que produciría un sujeto en un 100 % de su capacidad.

La doctrina judicial ha elaborado en este tema las siguientes pautas: el cómputo de la incapacidad se hace atendiendo a las posibilidades genéricas de la vida y no sólo al déficit para determinado trabajo; a tal fin se computarán las cualidades personales de la víctima, edad, sexo, salud, etc., la lesión de carácter permanente debe ser indemnizada ocasione o no un daño económico actual, pues su reparación no comprende solamente el aspecto laborativo sino el valor del que la víctima se ve privada en el futuro, sobre todas las consecuencias que afecten su personalidad.

Dice Kemelmajer de Carlucci que en nuestros días tiende a prevalecer el criterio de que todo menoscabo o detrimento que se sufra en áreas como las relaciones sociales, deportivas, artísticas, sexuales, etc., debe también computarse como incapacidad materialmente indemnizable. Una fervorosa defensa de esta posición puede consultarse en Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, II-B, n° 234, b, p. 208. CNCiv. Sala D, 5/6/79, ED, 87-643; CNCiv. y Com. Fed. Sala III, 11/11/81, LL, 1982-C-182, cit. por Kemelmajer de Carlucci A., en la obra colectiva de Belluscio-Zannoni, Cód. Civ. Comentado, Ed. Astrea, año 1990, p. 220).

La incapacidad física permanente sea para las actividades laborales o de otra índole, deber ser indemnizada aunque la víctima no haya dejado de ganar, pues la integridad física o corporal, tiene en sí misma un valor indemnizable. Se entiende por incapacidad cualquier disminución de las aptitudes físicas o psíquicas, que afecten la capacidad productiva o que se traduzca en un menoscabo de su plenitud, provocando la imposibilidad o dificultad en las actividades, ya sean productivas o no productivas que el lesionado –sea mayor o menor de edad- solía realizar con la debida plenitud, amplitud y libertad. En suma, por el bien afectado, estas incapacidades físicas pueden afectar la capacidad laboral o la vida de relación social, familiar, de esparcimiento o entretenimiento, etc., en todas sus gamas. En definitiva, lo que se resarce o indemniza –reponiendo las cosas al estado anterior (art. 1.083 del Cód. Civ.)- y en forma subsidiaria mediante una compensación dineraria,

es precisamente ese daño a la integridad corporal, o ese ataque a la vida de relación social.

Es innegable que el daño a la vida de relación de un sujeto que puede haber sufrido, debe ser contemplado al momento de fijar el resarcimiento integral por el daño patrimonial, toda vez que la denominada “vida de relación familiar y social o de esparcimiento o de recreación y de disfrute”, debe ser merituada al momento de fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente, y está destinada a poner de relieve una comprensión integral de la proyección existencial humana, pues refiere un conjunto de actos de desenvolvimiento productivo del sujeto, incluidos los cotidianos que generan bienestar o proporcionan servicios a sí mismo y a la familia, y actividades íntimas como lo son vivir en pareja, tener sexo libremente, procrear y cultivar el contacto con terceros, sin ser objeto de prevención o discriminación. El daño que las facetas extralaborativas del individuo sufran, constituye también un daño indemnizable. También es indemnizable la incapacidad de quien sólo se dedicaba a tareas del hogar, ya que las mismas han sido tenidas en cuenta por la sociedad, que otorga beneficios previsionales a las amas de casa, pudiendo computarse por analogía el monto de un salario mínimo. Es que el derecho civil a diferencia del derecho laboral que toma en cuenta la capacidad funcional o productiva, atiende la tutela de la integridad psicofísica de la víctima en cualquiera de sus manifestaciones, por consiguiente la reparación por la incapacidad sobreviniente comprende no sólo el aspecto laborativo sino también todas las consecuencias que afectan la personalidad íntegramente considerada (Trigo Represas- López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, Cuantificación del daño, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.006, págs. 238/9). En este sentido, en las Jornadas sobre temas de responsabilidad civil en caso de muerte o lesión de personas (Rosario, 1979), se recomendó: “Para la fijación del resarcimiento debe tenerse en cuenta la persona humana en su integridad, con su multiforme actividad. Debe computarse y repararse económicamente toda lesión sufrida, sea en sus facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, religiosas, sexuales”.

Con respecto a éste rubro critican este aspecto de la sentencia tanto la parte demandada como la citada en garantía

A fs. 606/608 el perito médico de la Asesoría Pericial Departamental dictaminó lo siguiente: “Torres Julian Nahuel, presentó una fractura de codo izquierdo, relacionado causalmente con el infortunio que se investiga desde el punto de vista médico, que produjo un 100% de inutilidad total y temporaria por un lapso de casi 4 meses, y presenta un 12,5% de inutilidad laborativa parcial y permanente de la total obrera por las secuelas”.

En efecto, pasando revista a dicha pericia estimo –en primer lugar– que la misma se ajusta a las prescripciones legales de los art. 472 y 474 del Cód. Proc., por cuanto cuenta, con los aspectos preparatorios, análisis de los puntos de pericia y los fundamentos y su conclusión, en suma constituye un dictamen con fuerza probatoria teniendo en consideración la competencia del perito, los principios científicos en que se funda y la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca entre ellas, los certificados de atención médica obrantes a fs. 8/24 y 39/40; la historia clínica obrante a fs. 570/586 del Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Diego Paroissien de donde se desprende que: “Paciente de 5 años que ingresa por guardia a la sala de internación por presentar fractura de epicóndilo izquierdo que según refiere la madre se produce al caer desde la plataforma de un tobogán de aprox.1,80m por la tabla de deslizamiento impactando con todo el miembro superior sobre cemento, sin pérdida de conocimiento sin laceraciones ni heridas. Se interna para cirugía a cargo del servicio de ortopedia y traumatología”; como así también las fotografías incorporadas a fs. 472/479.

En su consecuencia, partiendo de la base de que la víctima tenía a la fecha del accidente 5 años de edad, su situación socioeconómica, la edad promedio de vida útil del hombre que actualmente alcanza los 72 años de edad (de conformidad a la experiencia de la vida diaria y las máximas de experiencia del juzgador), el grado de incapacidad física parcial y permanente otorgado por el perito médico que alcanza el 12,5% vinculada causalmente con el accidente sufrido por el menor (arts. 472 y 474 del Cód. Proc.), estimo que corresponde confirmar la suma de pesos **VEINTICINCO MIL (\$25.000,00)** otorgada por la Magistrado de grado en

concepto de incapacidad física sobreviniente, como un daño a la salud, que resulta acreedor el actor

### **XI.- El daño moral.**

Surge del art. 1.078 del C. Civ. con claridad suficiente que el bien perjudicado puede ser la persona humana y se requiere una traducción o estimación pecuniaria, directa o indirecta. De donde no habría daño a la persona por un mal a ella causado, si no fuera posible una cuantificación dineraria. El llamado daño moral no es, entonces, un daño extraeconómico o extraordinario; aunque puede calificársele, como extrapatrimonial porque recae sobre la persona y no sobre el patrimonio (Mosset Iturraspe, J. Responsabilidad por daños, t. V, El daño moral, Rubinzal Culzoni, Santa fe, 1999, p. 9 y ss. , Pizarro R. D., Daño moral, Hammurabi, Bs. As., 1996, p. 35 y ss. Zabala de González, M. Resarcimiento de daños, Hammurabi Bs. As., 1999, p. 178 y ss.). En cuanto al monto de la indemnización, en el estado actual del Derecho Argentino, la determinación de la cuantía de la indemnización por daño moral constituye un problema de solución aleatoria y subjetiva, librado al criterio del juzgador. Ello es así, evidentemente, por la falta de correspondencia entre un perjuicio espiritual y el patrón dinerario con que se resarce. Pero, además, debido a que falta todo criterio normativo regulador, que establezca algunas pautas comunes, con lo cual el tema queda abandonado a la intuición y discrecionalidad judicial.

Sin perjuicio de ello considero oportuno fijar pautas a efectos de contar con ciertos parámetros orientadores en la materia, a saber: edad de la víctima, sexo, sus circunstancias personales, aspectos que hacen a la vida de relación, condición socio-económica, posibilidades de reinserción en el mercado laboral, gravedad del daño, repercusión de las secuelas en la vida de relación, como también la índole del hecho generador del daño, las circunstancias vividas y protagonizadas en el momento del accidente, las angustias vividas durante la asistencia médica, y los demás sufrimientos y padecimientos, etc.. Como se observan todas estas pautas giran en torno a la víctima y no alrededor del victimario pues la tendencia generalizada de la jurisprudencia apunta a la teoría resarcitoria que le da fundamento jurídico.

Atento a las pautas vertidas, las circunstancias personales de la víctima, 5 años al momento del hecho, su sexo masculino, su posición socio-económica, realizando un análisis de los elementos de prueba producidos en autos, más precisamente de la pericia médica, la prueba testimonial, la historia clínica, etc., estimo que corresponde confirmar la cuantificación económica de la indemnización del daño moral a la suma total de **pesos DIEZ MIL (\$10.000,00)**.

## **XII- El daño psicológico.**

De la pericia psicológica obrante a fs. 460/465 como así también de las explicaciones brindadas por la perito psicóloga Verónica Díaz a fs. 490 vta. y fs. 514 se desprende que la misma dictaminó lo siguiente: “El menor presenta afecto reactivo relacionados con los hechos de autos (temor, angustia, miedo, sensación de alerta constante, etc)” (...) “Los síntomas descriptos por esta perito (Daño psicológico) (...) revisten el carácter de permanente, pero pueden ser paliados por tratamiento psicoterapéutico adecuado”. “Homologado el porcentaje de incapacidad del menor, esta perito ratifica que el porcentaje en la TVO es compatible con Síndrome Depresivo Reactivo grado LEVE, que le conferiría una incapacidad parcial y permanente del 15% según el Baremo de Reconocimientos Médicos de la Provincia de Buenos Aires”.

En efecto, según el art. 472 del Cód. Proc. el dictamen contendrá la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que los peritos funden su opinión. Constituye una práctica judicial, que todo dictamen debe contener, tres partes: a) Aspectos preparatorios, referidos a los exámenes y estudios practicados; b) Análisis de los puntos de pericia y exposición de fundamentos científicos que sirven de base, o avalan sus conclusiones, y c) Conclusión. Por su parte exige la norma del art. 474 del mismo ordenamiento que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en consideración la competencia de los peritos, los principios científicos en que se fundan, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca. En su consecuencia, de la atenta lectura del dictamen pericial objeto de estudio, complementado y ampliado

con las explicaciones brindadas por la licenciada, estimo que el mismo en su conjunto se ajusta a las prescripciones legales enunciadas precedentemente. Por lo tanto, le otorgo pleno valor y fuerza probatoria al dictamen pericial psicológico incorporado como pieza probatoria en estas actuaciones.

Que el daño psicológico para que sea resarcible debe contener los siguientes caracteres jurídicos constitutivos del mismo, a saber: a) Debe perturbar el equilibrio de la personalidad; b) Tiene un origen patológico; c) Es irreversible o irrecuperable; d) Afecta al individuo en la actividad laborativa de poder desempeñarse, como en su capacidad en su vida de relación o capacidad para disfrutar de la vida; e) Es resarcitorio; e) Requiere en principio que el evento desencadenante revista carácter traumático; f) Constituye un daño material. En suma, el daño psicológico o la incapacidad psicológica padecida por el actor fue causada con motivo del accidente de autos (art. 901 y 906 del Código Civil), toda vez que se produjo según el curso natural y ordinario de las cosas y conforme la experiencia de la vida diaria, de manera que reúne todos estos caracteres o elementos constitutivos del mismo.

En su consecuencia, teniendo en consideración las circunstancias personales de la víctima descriptas “ut supra”, su edad al momento del hecho, el daño psicológico que le ha producido en su salud, el grado de incapacidad psicológica fijado por la perito en el 15%, etc., estimo justo, razonable, prudente y equitativo confirmar el rubro otorgado en concepto de daño psicológico en la suma de **Pesos DIEZ MIL (\$10.000,00)** por dicho concepto (arts. 1.068, 1.083 del Cód. Civ. y art. 165 del Cód. Proc.).

### **XIII.- Gastos de tratamientos psicoterapéuticos.**

La licenciada en psicología (ver fs. 484), aconsejó que es razonable un tratamiento psicoterapéutico por un plazo de 1 año, con una frecuencia semanal, con un costo de tratamiento aproximado de \$50 la sesión, habiéndose dictaminado que la incapacidad psicológica es parcial y permanente, por ello corresponde resarcir el daño psicológico causado y los gastos de tratamientos psicoterapéuticos.

De este modo concluyo que con aplicación de la siguiente ecuación matemática al multiplicar: \$50 (valor del honorario por cada sesión) por 48 sesiones, da como resultado la suma de pesos **DOS MIL CUATROSCIENTOS (\$2.400,00)**, por lo que no cabe más que concluir que el monto otorgado por la Sra. Jueza de la Instancia de Origen debe ser confirmado (arts. 901 y 906, 1.068, 1.083 y 1.086, del Cód. Civ. y arts. 165, 472, 473, 474 del Cód. Proc.).

#### **XIV.- Gastos de farmacia, asistencia médica y traslados**

La circunstancia de que la asistencia médica del interesado este asegurada por una obra social o a través del Hospital Público, no es de por sí excluyente de la restitución de los gastos en que se deba incurrir para lograr una atención más conveniente. Además pese a la deficiencia probatoria, sin que la actora acompañara los soportes documentales probatorios para justificar esas pequeñas erogaciones razonablemente puede inferirse la existencia de gastos por atención médica, farmacéutica y de traslados, habida cuenta de la naturaleza de las lesiones y el tiempo que requirió su tratamiento, por lo que corresponde que el tribunal, en uso prudencial de la facultad conferida por el art. 165 del Cód. Proc. que reglamenta el arts. 1.069 y 1.086 del Cód. Civ., considere que la suma fijada por dichos conceptos por la Sra. Jueza de primera Instancia en la suma de pesos **UN MIL (\$1.000,00)** resulte justa y equitativa, por ello corresponde confirmar esta parcela del fallo. (C.S., Lujan c/ Gobierno Nacional, 5/886; CS., Bertoldi c/ Prov. de Buenos Aires, 31/10/89, cits. por Ogando Daniel Enrique Compendio de Jurisprudencia Usual de la Corte Suprema, Ed. Vera Arévalo (1994, pág. 216).

#### **XV.- Pérdida de Chance**

A fs. 778 la citada en garantía erróneamente se agravia de un rubro que ha sido desestimado por la Juzgadora en la parcela del fallo a fs. 685, tópico III, pto. f, bajo el subtítulo pérdida de chance. De manera tal –y en razón de no haberse hecho lugar a dicha partida- deviene inatendible dicho agravio por ser insusceptible de generarle un gravamen ( art. 260 y 261 del Cód. Proc.)

#### **XVI.- Desestima agravios**

Con referencia al planteo formulado por Fiscalía de Estado a fs. 774 vta. pto. III, el mismo, ni siquiera alcanza al mínimo agravio, por lo tanto se lo desestima de conformidad a los art. 260 y 261 del Código Procesal.

#### **XVII.- Los honorarios regulados en porcentajes (Su improcedencia).**

Ha sostenido el Tribunal Supino que "Si bien los honorarios han sido fijados en la Sentencia en un porcentaje del capital de condena actualizado con más los intereses establecidos, dicho método regulatorio introduce una indeterminación que en el caso debió haber quedado resuelta dándole certeza, cuando menos, en oportunidad de practicarse la liquidación, lo que en la especie no ha ocurrido, deber del Tribunal cuya inobservancia no puede redundar en perjuicio del litigante. En consecuencia el recurso de inaplicabilidad de ley ha sido mal denegado" SCBA, Ac. 48457 I 3/9/91, "Miranda, Susana Noemí C/ Giltex SRL S/ Despido S/ Recurso de queja" JUBA B 40974).

La SCBA también ha señalado que el art. 51 del Dec. Ley 8.904, si bien impone al Juez o Tribunal la obligación de regular honorarios aún sin petición de interesado, condiciona tal actividad a la exigencia de que el monto del juicio se encuentre determinado y, en caso contrario, "...habrá de diferirse la regulación hasta la oportunidad en que quede firme la liquidación respectiva...Ello significa que únicamente en el caso de existir monto determinado puede procederse a la regulación, que no significa otra cosa que expresar el crédito del letrado en una suma cierta y determinada; expresarlo en un determinado porcentaje de un monto a determinar en el futuro no es otra cosa que quedarse a mitad de camino" (SCBA, Ac. 52906 S 19/12/1995 AyS 1995-IV, 670, JUBA B23601)

En consecuencia, al haberse fijado porcentajes para ser aplicados a una futura liquidación firme, se vulnera lo dispuesto por el art. 51 del Dec. Ley 8904/77 y también, en este caso, el art. 31 del mismo Dec Ley, que establece que la Alzada regulará sobre la cantidad que se fije para honorarios de primera instancia. Consecuentemente debe dejarse sin efecto la aplicación de los porcentuales para

determinar los honorarios de los profesionales intervinientes en la sentencia apelada, por prematura (art. 51 Dec. Ley 8904/77), debiendo el señor juez de grado proceder a practicar la regulación de honorarios pertinente una vez que obre en autos liquidación firme (art. 51 Dec. Ley 8904/77).

**XVIII.- Las Costas de Primera y Segunda Instancia respecto al rechazo de la demanda contra la co-demandada Moreno.**

Atento a que en ésta Instancia Recursiva se resolvió en favor del rechazo de la demanda promovida por la actora contra la co-demandada Moreno, por aplicación del criterio objetivo de la derrota, estimo justo y razonable que las costas generadas en ambas instancias por dicho rechazo sean soportadas por los accionantes que resulta vencida (arts. 68 y 274 del C.P.C.C.), debiendo regularse los honorarios en el órgano de grado a fin de no vulnerarse la doble instancia procesal (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y art. 8 inc. 2 ap.h del Pacto de San José de Costa Rica).

**XIX.- Las costas de Alzada.**

Atento al modo en que se resuelve la presente contienda judicial, estimo justo y razonable que las costas generadas en ésta Instancia Recursiva sean impuestas a la demandada (Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires) y su aseguradora– en la medida de la cobertura contratada– (art. 68 del .C.P.C.C.)

Por todas las consideraciones legales, jurisprudenciales y doctrinales expuestas, **VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

Por análogos fundamentos, los Doctores Alonso y Posca también **VOTAN PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSÉ NICOLÁS TARABORRELLI dijo:**

Visto el Acuerdo que antecede, propongo a mis distinguidos colegas:  
**1º) 1º) SE REVOQUE PARCIALMENTE** la sentencia de Primera Instancia, rechazándose la demanda incoada contra la Sra. Alejandra Daniela Moreno,

fijándose las costas de ambas instancias por dicho rechazo a los accionantes que resultan vencidos; debiendo regularse los honorarios en el órgano de grado a fin de no vulnerarse la doble instancia procesal (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 8 inc. 2 ap. h del Pacto de San José de Costa Rica y arts. 68 y 274 del C.P.C.C.); **2°) SE DEJE SIN EFECTO** la aplicación de los porcentuales para determinar los honorarios de los profesionales intervinientes en la sentencia apelada, por prematura (art. 51 Dec. Ley 8904/77); **3°) SE CONFIRME** el resto de la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios; **4°) SE IMPONGAN** las costas generadas en ésta Instancia Recursiva a la demandada (Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires) y su aseguradora – en la medida de la cobertura contratada- (art. 68 del .C.P.C.C.); **5°) SE DIFIERA** la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad, (art. 31. Decreto Ley 8904/77)

#### **ASI LO VOTO**

Por análogos motivos los Dres. Alonso y Posca adhieren y votan en igual sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo que antecede, dictándose la siguiente:

#### **SENTENCIA**

**AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO:** el resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, este Tribunal **RESUELVE:** **1°) REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de Primera Instancia, rechazándose la demanda incoada contra la Sra. Alejandra Daniela Moreno, fijándose las costas de ambas instancias por dicho rechazo a los accionantes que resultan vencidos; debiendo regularse los honorarios en el órgano de grado a fin de no vulnerarse la doble instancia procesal (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 8 inc. 2 ap. h del Pacto de San José de Costa Rica y arts. 68 y 274 del C.P.C.C.); **2°) DEJAR SIN EFECTO** la aplicación de los porcentuales para determinar los honorarios de los profesionales intervinientes en la sentencia apelada, por prematura (art. 51 Dec. Ley 8904/77); **3°) CONFIRMAR** el resto de la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios; **4°) IMPONER** las costas generadas en ésta Instancia

Recursiva a la demandada (Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires) y su aseguradora – en la medida de la cobertura contratada- (art. 68 del .C.P.C.C.); 5°) **DIFERIR** la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad, (art. 31. Decreto Ley 8904/77).- **REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA SE.-**