

En Mercedes, a los días del mes de marzo del año dos mil catorce, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Provincia de Buenos Aires, Dres. Tomás Martín Etchegaray y Carlos Alberto Violini, en sus condiciones de miembro permanente de la Sala y de Presidente de la Excma. Cámara, respectivamente, para la fecha en que se sorteó la causa, y así integrada por la excusación del Dr. Luis Tomás Marchió (conf. arts. 35 y 36 de la ley 5827; art. 4º del Ac. Extraordinario del 25/09/2008 publicado en Boletín Oficial el 06/12/2010 págs. 12.609/12.610), con la presencia de la Secretario actuante, se trajo al despacho para dictar sentencia el expediente número 27.791 caratulado “**Marchetti, Marcelo Damián y otros c/Arzobispado Mercedes-Luján y otros s/Daños y perjuicios**”.

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código de Procedimientos:

1ª) ¿Se ajusta a derecho la apelada sentencia de fs. 454/459vta. en cuanto es materia de apelación y agravios?

2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Tomás Martín Etchegaray y Carlos Alberto Violini.

VOTACIÓN

Al la **primera cuestión** planteada, el Sr. Juez Dr. Etchegaray dijo:

I)- La sentencia de fs. 454/459vta., dictada el 22 de febrero de 2012, hizo lugar a la demanda indemnizatoria de los señores Marchetti y Larroque por su hija menor María Agustina, y en consecuencia condenó a Arzobispado Mercedes Luján, HSBC La Buenos Aires Seguros SA, y la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, al pago de una suma de dinero, con costas a los demandados. Fue apelada por la actora (fs. 472), por la demandada Arzobispado y su aseguradora HSBC (fs. 460), por la demandada Fiscalía de Estado de la Provincia

de Buenos Aires (que actúa por la DG de C y E, a fs. 470), y por el Asesor de Menores (fs. 474). Todos los recursos fueron libremente concedidos. Llamados a expresar agravios (fs. 479), la actora lo hizo a fs. 482/488, y allí pidió la apertura a prueba. Le contestaron la Fiscalía de Estado (fs. 617/620), y la co-demandada Arzobispado y su aseguradora HSBC (fs. 628/633). La demandada Arzobispado lo hizo a fs. 489/494. Le contestaron la parte actora (fs. 623/625), y el Asesor de Menores (fs. 635 y vta.). La Fiscalía de Estado lo hizo a fs. 495/500vta. Le contestaron la parte actora (fs. 621/622), la co-demandada Arzobispado y su aseguradora HSBC (fs. 626/627), y el Asesor de Menores (fs. 637/638). El Asesor de Menores expresó agravios a fs. 501/503, y no mereció réplicas. Que a fs. 521/523vta. ésta Sala resolvió admitir el replanteo de prueba pericial médica efectuado por la actora, la que luego del trámite de rigor se produjo a fs. 572/575vta., con explicaciones del perito a fs. 588/589, y 590/591. A fs. 639 se llamaron “autos para sentencia”. Firme, y tras el sorteo efectuado a fs. 639vta., quedó el expediente en condiciones de ser votado (CPC 34 inc. 3º - c, y 263).

II)- Los antecedentes del caso en lo que interesan a los recursos.

a)- La demanda (fs. 23/31vta., y su ampliación a fs. 41/42), incoada por Marcelo Marchetti y María Andrea Larroque por su hija María Agustina, fue dirigida contra Arzobispado Mercedes-Luján, HSBC La Buenos Aires Seguros SA, y Dirección General de Cultura y Educación. Dicen que el 6 de diciembre de 2002 su hija, a la sazón de 3 años de edad, sufrió un accidente jugando en el patio del Jardín de Infantes de la Escuela Parroquial Padre Ansaldo, a raíz del cual sufrió fractura supracondilia de húmero derecho con gran desplazamiento. Dice que la escuela se hizo cargo de los gastos que le acreditaron mediante facturas. Soportó la niña dos intervenciones quirúrgicas en pocos días, quedándole incapacidad del 20% permanente por la que piden \$ 80.000. El reclamo se completa con el rubro daño estético (\$ 50.000), daño moral (\$ 35.000), y gastos terapéuticos futuros, vg. cirugía plástica para mejorar el aspecto de la cicatriz queloides que han postergado, y cuyo

monto sería pericialmente determinado.

b)- La contestación de la demandada. La aseguradora. HSBC lo hizo a fs. 72/79. Negó los hechos en general, y aseveró que el descripto en la demanda fue un accidente imposible de evitar por el personal del colegio, con invocación de caso fortuito. Cuestiona los rubros, el de incapacidad por su entidad, y los de daño moral y daño estético por constituir duplicación. Arzobispado Mercedes Luján lo hizo a fs. 97/98 y adhirió a la anterior.

c)- La excepción de incompetencia planteada por la demandada Fisco de la Provincia de Buenos Aires (fs. 92/95vta.). La Fiscalía pretendió que correspondía la del fuero contencioso administrativo, porque de los términos de la demanda surge que el hecho que se endilgó a la Provincia genera responsabilidad extracontractual por acto ilícito del Estado. Le respondió la actora (fs. 100/102vta.) que la excepción había sido extemporáneamente opuesta.

d)- La contestación de demanda del Fisco por la Dirección General de Cultura y Educación (en adelante, DG de CyE), y la defensa de falta de legitimación pasiva (fs. 137/143vta.). Se fundó la defensa en que la DG de C y E no era dueña o propietaria del jardín de infantes Padre Ansaldo, el que según documentación que trae es una institución pública de gestión privada supervisada en lo pedagógico, y en lo financiero-contable. La DG de C y E no tenía la guarda ni la custodia de los alumnos. Sus docentes no son empleados provinciales sino empleados de la entidad propietaria mediante relación laboral privada. Por lo que su parte no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión. La parte actora le contestó (cual si se hubiera opuesto excepción) espontáneamente a fs. 164 y vta. el traslado no corrido de la excepción de falta de legitimación pasiva, y pidió su rechazo por haber sido opuesta fuera de plazo.

e)- El dictamen del Asesor de Menores. En el primero (fs. 166) se limitó a pedir la apertura a prueba. En el de fs. 170, adhirió a los planteos de fs. 100/102 y 164, y pidió el rechazo de las excepciones.

f)- A fs. 173/175, se resolvió en primera instancia rechazar las excepciones de incompetencia y de falta de legitimación pasiva, ambas por haber sido extemporáneamente planteadas (pese a que renglones antes esa resolución había aclarado que la excepción de falta de legitimación pasiva había sido opuesta como defensa de fondo -confr. fs. 170vta., renglón 12- o que era prematuro expedirse sobre la falta de legitimación pasiva -confr. fs. 171, párrafo final-). Apelada por Fiscalía (fs. 178), se fundó el recurso en que la incompetencia resulta de la materia planteada en la demanda, y en que no opuso “excepción” de falta de legitimación pasiva, sino una “defensa de fondo” para ser tratada en la sentencia (fs.180/181vta.). La Alzada confirmó (auto de fs. 191/198) aquella resolución, la incompetencia porque la materia no era contencioso administrativa, y la “excepción” (sic: acá no se distinguió entre excepción y defensa) de falta de acción por haberse opuesto extemporáneamente. El intento recursivo extraordinario (fs. 202/210vta.) no tuvo éxito (auto de fs. 211).

III)- La sentencia (fs. 454/459vta.). Para resolver la cuestión de la responsabilidad del establecimiento escolar (privado) aplicó el “a-quo” el art. 1117 cc. (texto conforme ley 24830), que establece un régimen objetivo que solo exime al dueño por “caso fortuito”, imputándole los daños que sufran los alumnos que se encuentren bajo el control de la autoridad educativa. La eximente no se probó. Extendió la condena al asegurador. Y también a la DG de CyE de la Provincia de Buenos Aires, para lo que recordó que ya se había rechazado la excepción de falta de legitimación pasiva, y “a mayor abundamiento” que la escuela parroquial era un establecimiento sujeto a los controles del poder administrador, y “...por ese motivo, que realiza la supervisión de todos los servicios privados ... tiene la responsabilidad de supervisar los establecimientos de gestión privada ...” Respecto del reclamo indemnizatorio, desestimó el rubro “incapacidad” porque la actora no hubo acreditado la medida en que ella gravitó en las actividades habituales de la víctima, ya que fue declarada negligente en la producción de la prueba pericial médica.

Admitió el rubro daño moral por la suma de \$ 85.000. Dice que no se pudo cuantificar la incapacidad respecto del rubro daño estético como para permitir su indemnización de modo autónomo, pero ello no quita que lo haga con el daño moral. También desestimó el rubro daño psicológico, porque la pericia psicológica determinó que la menor no posee trastornos actuales por el hecho dañoso, ni a nivel cognitivo registra secuelas, ni muestra rasgos depresivos ni secuelas emocionales, que es una niña alegre, con buenas relaciones interpersonales, posee notas brillantes, y tiene buena salud mental. También desestima el rubro gastos de un tratamiento terapéutico futuro, por falta de prueba.

IV)- Los recursos de apelación. Debo dejar aclarado que el tema de la responsabilidad adjudicada a la demandada Arzobispado Mercedes-Luján y la condena a su asegurador no ha sido motivo de agravios, por lo que lo decidido al respecto ha venido firme a ésta instancia.

a)- Del actor, y su replanteo de prueba en segunda instancia (fs. 482/488). Se queja porque el “a-quo” englobó en un solo rubro, el de daño moral, el total de la indemnización, sin contemplar por separado el de daño estético, con lo que habilitó la crítica de los demandados por el monto que se fijó. Cuestiona la declaración de negligencia que se dictó en primera instancia con relación a su prueba pericial médica como inoportuna, ya que la parte que la acusó tenía pruebas pendientes, y que esa prueba era común a ambas partes, y atisba su nulidad porque se lo decidió sin intervención del Asesor de Menores. Pide que con la pericia se conceda indemnización por los rubros del reclamo.

A fs. 617/620 le contestó la co-demandada Fisco de la Provincia. A tenor de la circunstancia que ésta parte no ha sido bien traída al juicio, como lo desarrollaré en el considerando V, entiendo superfluo relacionar su respuesta.

A fs. 628/633 contestó Arzobispado Mercedes-Luján. Dice que no hay agravio del actor porque el monto que fijó el juez por daño moral es la suma de lo reclamado por ese concepto más el de daño estético, y recuerda que su parte

cuestionó el monto por violar el principio de congruencia. Respecto del daño estético, sostiene que de la pericia médica ahora obrante en autos se desprende que la afección estética no incidió en la determinación del porcentaje de incapacidad.

b)- Del demandado Arzobispado de Mercedes Luján y su aseguradora (fs. 489/494). Se agravio por que al determinar el monto por daño moral el “a-quo” falló ultra petita, y además esa indemnización excede por su monto el derecho a la reparación integral transformándose en un lucro incausado. Se agravia porque por daño moral solo se habían pedido \$ 35.000 y se concedieron \$ 85.000, por lo que sugiere que hay una nulidad. Que tampoco la sana el hecho que se hubiera utilizado la fórmula “o lo que en más o en menos surja de la prueba”, ya que de ella solo surge inexistencia de daños, tanto físico como psicológico, y en todo caso ésta se aplica para corregir distorsiones inflacionarias o que los porcentajes de incapacidad excedan de lo estimado originalmente. Y por otro lado, conceder \$ 85.000 por daño moral constituye una fuente de enriquecimiento sin causa. El segundo agravio es por la condena en costas de modo total, cuando la condena alcanzó al solo 51% del monto pretendido en la demanda, lo que es lo mismo que decir que ésta fue rechazada en un 49%, que hay un vencimiento mutuo, y que debe aplicarse el CPC 71. Y pidió que se declare que la regulación de honorarios se haga sin perjuicio de la aplicación del art. 505 CC.

Los actores le contestaron (fs. 623 y sgtes.) que fue correcto fijar el monto del daño moral en una suma superior a la pedida porque ello surgía de la prueba, como lo habían solicitado en la demanda al hacer la reserva “en lo que en más o en menos”. Que además, al incluir el “a-quo” el rubro daño estético dentro del daño moral, es justo que la suma de lo pedido por ambos rubros sea el tope de congruencia. En cuanto a las costas, dicen que no es de aplicación el CPC 71.

También le contestó el Asesor de Menores (fs.635). Respecto del monto por daño moral usa los mismos argumentos de la actora. Y respecto de las costas, dice que por más que algunos rubros no prosperen, los demandados resultan vencidos y

como tales deben soportar las costas por el principio objetivo de la derrota.

c)- Del Fisco de la Provincia de Buenos Aires (fs.495/500vta.).

El Fisco de la Provincia de Buenos Aires, por la DG de C y E, insistió en que su parte carece de legitimación para ser parte demandada (ahora condenada) en éste juicio, ya que el ejercicio del poder de policía educativo, aun mal ejercido, no habilita que se lo responsabilice por las faltas cometidas por sus vigilados. También dijo que a su respecto no se dan los puntos de conexión entre la DG de C y E y el hecho, ya que el Estado no es dueño de la cosa dañosa, ni los profesores de la escuela son sus dependientes como empleados públicos, ni tiene la guarda o el cuidado de los alumnos. Y subsidiariamente, argumenta que tampoco puede responsabilizarse al Estado como titular del “poder de policía educativo”. También elevó queja por el monto indemnizatorio, por que el fijado por daño moral representa un enriquecimiento sin causa, dado que resulta ser desmesurado y excesivo.

La parte actora le contestó a fs. 621. Sostuvo que el tema de la falta de legitimación pasiva fue resuelta y rechazada oportunamente como planteo extemporáneo, por lo que no se puede volver sobre él. Sin su perjuicio, adhiere a la solución dada por el “a-quo” fundada en que la Dirección G. de C. y E. era órgano de contralor de los establecimientos educativos privados.

También le contestaron sus colegas codemandados Arzobispado y asegurador HSBC (fs. 626/627). Sostienen que como el planteo de falta de legitimación pasiva fue extemporáneamente articulado, no integra la materia de litis del pleito.

d)- Del Asesor de Menores (fs. 501/503). Pidió la nulidad de la resolución que declaró la negligencia en la producción de la prueba pericial médica porque fue dictada en un trámite en el que se obvió su intervención. Subsidiariamente pidió que ésta Alzada abriera a prueba la causa para, pericia médica mediante, determinar el grado de incapacidad sufrido por la menor cuya representación promiscua detenta.

No le contestaron. Pero sus agravios han perdido virtualidad, dado lo dispuesto en el auto de fs. 521/523vta. que admitió el replanteo de prueba en segunda instancia. Por tal razón, no me ocuparé de ellos en éste voto, lo que así dejo aclarado.

V)- Cuestión liminar: la integración de la litis. El recurso de la Fiscalía de Estado.

Como surge de la reseña anterior, el Fisco de la Provincia de Buenos Aires, por la DG de C y E, insistió en que su parte carece de legitimación para ser parte demandada (ahora condenada) en éste juicio, ya que el ejercicio del poder de policía educativo, aun mal ejercido, no habilita que se lo responsabilice por las faltas cometidas por sus vigilados. La actora y la demandada Arzobispado sostienen que el tema de la falta de legitimación pasiva ya está tratado y resuelto en contra de los intereses de ésta apelante, y no integró el objeto de la decisión de la sentencia.

Es cuestión liminar -esto es, de prioritario tratamiento- determinar la legitimación de las partes para estar en el proceso. Ella hace al orden público, que tiende a impedir que haya dispendio jurisdiccional. La excepción de falta de legitimación busca ordenar los procesos en tal sentido, para evitar que quien no tiene cualidad para ser parte en una disputa, condición necesaria para intervenir en un proceso, lo haga. La “excepción de falta de acción”, defensa tipificada y especial, se vincula directamente con la titularidad del derecho sustancial que se pretende ejercitar con la demanda, hace a la titularidad de la pretensión, y su objeto es que la relación procesal se trabaje entre quienes lo son, activa y pasivamente; “...*con ella se expresa que para que el juez estime la demanda ... es necesario que considere que el derecho corresponde precisamente a aquel que lo hace valer y contra aquel contra quien es hecho valer...*”(Carlo Carli, “La demanda civil”, Ed. Lex, 1973, pág. 179, con cita de Chiovenda, Instituciones, t. I, p. 197;etc.; y pág. 226). Tiene dicho Palacio que “...*la falta de legitimación de obrar existe cuando no media coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las*

personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender o para contradecir respecto de la materia sobre la que versa el proceso...” (Palacio, “Derecho Procesal Civil”, t. I, p. 414). Dicho de modo grato a la jurisprudencia: el legitimado pasivo es la persona idónea o especialmente habilitada por la ley para asumir la calidad de demandado con referencia a la concreta materia sobre la que versa el proceso. Para expresarlo con un ejemplo extremo: no puede haber juicio de divorcio entre personas que no estén unidas en matrimonio. No puede haber juicio de escrituración entre quienes no son los firmantes del boleto de compraventa, o sus sucesores. Para que sea tratada como excepción previa, la falta de acción tiene que ser “manifiesta”, esto es, que no dependa de prueba de hechos.

Entiendo que antes de tratar el tema de la indemnización (porque ese es el objeto de los recursos de las partes actora y la co-demandada Arzobispado y su aseguradora, y también en subsidio del recurso del Fisco), corresponde ocuparnos de la cuestión de la responsabilidad de la Dirección General de Cultura y Educación.

En el escrito de demanda no se expresó cual fue la causa, razón o fundamento jurídico de la convocatoria al juicio de ésta persona pública, ni por la exposición de los hechos, ni tampoco se lo puede colegir por las normas jurídicas en que se basó el reclamo (confr. fs. 23 a 31vta., y 41 a 42). Y si bien allí se cita el art. 1113 CC, por el contexto del relato de los hechos lo es con relación a su segunda parte, para fundar la responsabilidad objetiva del colegio como dueño de la cosa con la que se causó el daño o por el riesgo de la actividad. Pese a tal indefinición, el Fisco no opuso excepción de defecto legal, y articuló expresamente como *defensa de fondo* (no excepción) la falta de legitimación pasiva por inexistencia de conexión entre la DG de C y E y el hecho dañoso, ya que no era dueña de la cosa con la que se lo causó, ni los profesores de la escuela eran empleados públicos dependientes suyos, ni tenía la guarda o custodia de los alumnos (confr. fs. 137 a 143vta, en especial fs. 138 a 139vta.). Esa defensa no fue entendida como tal. Sin ser tramitada (no hubo traslado de la “excepción”, aunque sí sustanciación porque la parte actora

contestó espontáneamente) se tomó -con craso error procesal, a mi entender- la *defensa* de falta de acción como si fuera una *excepción* (ver lo actuado por la actora y la asesoría de menores a fs. 164 y 170, y en especial la resolución de fs. 173/175, que la rechazó por extemporánea, sin perjuicio de señalar que el planteo resultaba contradictorio con el argumento dado por el Fisco para sustentar la excepción -sí opuesta- de incompetencia). La Alzada confirmó el rechazo de la excepción de falta de acción por extemporaneidad (fs.191/198).

He dicho que fue un error procesal confundir una *excepción* con una *defensa* (argumento de defensa), ya que se trata de dos opciones que tiene la parte demandada, entre las estrategias que puede elegir. Si la parte demandada entiende que no tiene aptitud para controvertir la pretensión de que se trata el pleito al que lo han traído, puede oponer ese argumento como *excepción de previo y especial pronunciamiento* (art. 344 y 345 inc. 3º), o simplemente como *defensa de fondo* al contestar la demanda (354 inc. 2º). Ninguna norma procesal prevé que la defensa de falta de acción solo se encarrile por vía de excepción de previo y especial pronunciamiento. El “únicamente” del art. 344 CPC no implica la obligatoriedad de acudir a esa defensa tipificada para desarrollar el argumento de la falta de legitimación para ser demandado, sino a que no hay otra categoría de excepciones que las “previas”, para distinguir el régimen del código vigente con el del anterior, que las dividía en “perentorias” y “dilatorias”, categorización que el código vigente deja de lado. Lo dicho es suficiente mentís a los argumentos de quienes contestaron los agravios del Fisco sosteniendo que la cuestión de su falta de legitimación ya había sido tratada y dada por terminada con el rechazo de la excepción, y que por ende no integraba el temario del pleito.

La sentencia (fs. 454/459vta.) condenó al titular de la escuela, Arzobispado de Mercedes-Luján, con fundamento en el CC 1117. Extendió esa condena a la Dirección General de Cultura y Educación, para lo cual recordó -a mi ver de modo anodino, por lo que ya dije, y por lo que diré- el rechazo de la excepción de falta de

legitimación pasiva. Y añadió, “a mayor abundamiento” (sic: confr. fs. 457), que la Escuela Parroquial es un establecimiento público (no lo aclara, pero es así no porque ejerza una función pública, sino por su pertenencia al Arzobispado, que como parte de la Iglesia Católica es una persona jurídica de carácter público: art. 33 inc. 3° CC) de gestión privada, sujeto a los *controles* del poder administrador; y que la DG de C y E realiza la *supervisión* de todos los servicios privados de educación, dando a entender que esa “supervisión” conduce a responsabilizar al Estado por el hecho dañoso imputado a la escuela privada supervisada y controlada. Es decir, el juez no entendió que la cuestión de la responsabilidad del Fisco hubiera quedado cerrada con el “rechazo de la excepción”, y la trató expresamente. Como ya dije, concuerdo con tal criterio. Adviértase que si la resolución de Alzada de fs. 191/198 hubiera cerrado el tema, era sentencia definitiva (CPC 278) sobre el punto y hubiera habilitado la procedencia del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el que, interpuesto, fue denegado (auto de fs. 211).

En el recurso de apelación (fs. 495/500vta) el Fisco insiste en que a su respecto no se dan los puntos de conexión entre la DG de C y E y el hecho, ya que el Estado no es dueño de la cosa dañosa, ni los profesores de la escuela son sus dependientes como empleados públicos, ni tiene la guarda o el cuidado de los alumnos. Y subsidiariamente, argumenta que tampoco puede responsabilizarse al Estado como titular del “poder de policía educativo”. Dice que su ejercicio se limita a la política educativa, y no es por ello garante de un resultado en cuanto a la indemnidad de los alumnos por incumplimientos de la escuela del deber de seguridad ínsito en el contrato de educación. Añade que la apreciación de eventuales incumplimientos del Estado en cuanto a sus obligaciones de supervisión y vigilancia debe ponderar que se hallan supeditadas a razonables y racionales limitaciones, y que la CSN tiene dicho que no resulta razonable pretender la responsabilidad del Estado por presunto incumplimientos en el ejercicio del poder de policía en orden a la prevención de delitos, que lo involucren de las consecuencias que ellos produzcan

con motivo de hechos extraños a su (del Estado) intervención directa (casos “Colavita” y “Bertinat”).

De todo lo relacionado, lo que me queda claro es que, tampoco en la sentencia, hay una definición precisa del motivo, razón, fundamento o causa jurídica por la que se extendió la condena del establecimiento escolar de gestión privada, al Estado que lo debe “controlar”. La demanda, ya dije, no adujo motivo alguno. La exigua explicación del “a-quo” no me deja claro si lo fue por una conducta propia del Estado (CC 1109: incumplimiento de presuntas obligaciones de control, pero ¿cuáles omisiones?), o por el hecho de otro (CC 1113 primer párrafo: responsabilidad por el hecho de los dependientes).

Lo primero nos conduce al argumento del incumplimiento en el deber de vigilar (la prevención que implica el “poder de policía” educacional). Pero esa cuestión entronca con la segunda, ya que sabido es que la extensión de la responsabilidad al principal por el hecho de su dependiente tiene como uno de sus tradicionales fundamentos la “culpa in vigilando” (Trigo Represas-López Mesa, “Tratado de la Responsabilidad Civil”, La Ley, t. III, pág. 37).

Así lo trataré, y me anticipo a adelantar que el Estado no es responsable (en éste caso) por el hecho ilícito producido en el colegio de gestión privada.

Por de pronto, porque los establecimientos educacionales privados no son “dependientes” del Estado en el sentido en que ese término está empleado en el art. 1113 del código civil. Desarrollaré esta idea.

Por otra parte, y ya ceñidos solo al caso, colijo que podría llegar a resultar impensable -por no decir rayano en una falta de respeto- que se insinúe siquiera que el demandado Arzobispado de Mercedes-Luján, que depende directamente del Estado Vaticano (confr. el texto de la escritura 523 del año 2005 del registro notarial n° 9 de Mercedes obrante a fs. 145/7) y es una persona jurídica de carácter público (art. 33 inc. 3° Cod.Civ.) pueda ser calificado como “dependiente” del Estado Provincial. Para corregir esa idea se me ocurre aclarar que la dependencia que menta

la ley no se limita a la que tiene su origen en una relación jerárquica entre las personas, sino que puede estar referida al limitado aspecto de la actividad en la que se presta el servicio, en el caso el de educación. De modo tal que no es por ésta razón que se exime el Fisco.

Una aclaración más: no creo que el Fisco hubiera incurrido en contradicción al oponer excepción de incompetencia (pretendía la contencioso-administrativa porque se reclamaba contra el Estado por una actividad propia de sus funciones) y la defensa de falta de acción por falta de legitimación pasiva (porque la responsabilidad endilgada no era por una función estatal), ya que la primera, la incompetencia, se funda en los términos en que está redactada la demanda, porque son ellos los que determinan la competencia del juez. En tanto que la defensa de falta de acción se funda en razonamientos propios del que se defiende, en los que predominan naturalmente la negativa o la oposición a los hechos alegados en la demanda.

Para llegar a la conclusión de la irresponsabilidad del Estado en el caso -que está al final del camino- a la que finalmente llego, hay que empezar por el comienzo: los derechos que hacen a la educación: los de enseñar y aprender.

Enseñar y aprender: son dos derechos constitucionales.

El art. 14 de la CN establece que todos los habitantes tienen los derechos que enumera, sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio. Entre ellos y al final de la norma, los de “enseñar y aprender”. Dicho así, juntos y en ese orden.

Antes de seguir, una apostilla que escenifica como telón de fondo lo que sigue. Entre los muchos significados que tiene la locución “derecho” (palabra ambigua si las hay (Genaro Carrió, “Notas sobre derecho y lenguaje”, Abeledo Perrot, 1968, págs. 26 y 82) están los de *correlato de la obligación de otro*, y de *facultad*. Que poco tienen que ver entre sí, salvo la denominación. Para el primer significado, puedo decir que tengo derecho a algo, a una determinada prestación, cuando otra persona está obligada (ya sea por una norma general o por un convenio

particular) a proporcionármela. Es decir, la locución “derecho” se aplica con relación a dos personas (acreedor, y deudor u obligado). Es el “derecho” que en términos técnicos conocemos como “obligación” (Libro segundo del código civil, sección primera). Y para el segundo significado, puedo decir que tengo derecho a realizar determinados actos u observar determinadas conductas cuando nadie se encuentra en condiciones jurídicas de impedírmelo: puedo hacer algo si quiero, o no hacerlo, y nadie me debería reclamar con éxito en ninguno de ambos supuestos. Estamos ante una relación de una persona con todos los demás (indeterminado número de personas: el acreedor tiene un deudor universal). Es el “derecho” como “facultad”, y tiene su consagración en el art. 19 CN.

El derecho de **aprender** pertenece a la primera categoría. Tiene un sujeto activo, un acreedor: cada uno de los habitantes. Y tiene un sujeto pasivo, alguien que está obligado a “enseñar” a los que tienen el derecho de “aprender”: como lo explicaré, es el Estado. El Estado tiene la obligación de proporcionar educación como una función en la que la Constitución de 1853/1994 prevé concurrencia entre la Nación y las Provincias. El art. 75 inc. 19, tercer párrafo establece que corresponde al Congreso de la Nación “...*sancionar leyes de organización y de base de la **educación** que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado (responsabilidad indelegable de prestar el servicio de educación, que así es un “servicio público”), la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad en la **educación pública estatal**...*” . El art. 125 segundo párrafo establece que las provincias y la ciudad de Buenos Aires *pueden* (sic) promover la **educación**, aclaración necesaria desde que ellas no ejercen el poder delegado a la Nación (art. 126), y solo conservan el poder no delegado por ésta Constitución al Gobierno federal (art. 121). Pero esa “facultad” (el “pueden” del art. 125 así lo significaría) se

transforma en obligación respecto de la enseñanza primaria: el art. 5 de la CN establece que para ser garantidas en el goce y ejercicio de sus instituciones por el Gobierno federal, las Provincias tienen que dictarse una constitución que asegure, además de la administración de justicia y el régimen municipal, la **educación primaria**. Enseñar es, entonces, una obligación que tiene el Estado respecto de todos sus habitantes, sujeta en su ejercicio a reglamentación legal (art. 14 CN).

En cuanto al derecho de **enseñar**, que ya pertenece a la segunda categoría, es una libertad (facultad) de la que gozan los habitantes, nativos o extranjeros. En efecto, es lo que dice el art. 14 CN; y el art. 25, en concordancia, establece que el Estado no podrá restringir, limitar ni gravar a los extranjeros que ingresen con el objeto de **enseñar** las ciencias y las artes. Es decir, la libertad de enseñanza es una garantía constitucional.

Así pues, vemos que el Estado tiene la obligación de prestar el servicio de educación. Los particulares tienen el derecho correlativo a ser educados, a la vez que -y en otro plano- la libertad de enseñar. En esa libertad de enseñar, derecho entendido como facultad, se encuentra situada la actividad de la escuela privada.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires proclama que “...*la cultura y la **educación** constituyen derechos humanos fundamentales. Toda persona tiene el derecho a la educación...*” Y más adelante añade que “...*la educación es responsabilidad indelegable de la Provincia, la cual coordinará ... el sistema educativo y proveerá los servicios correspondientes...*”(art. 198). Y el art. 200, además de establecer la obligatoriedad de educación en el nivel general básico, regla que el servicio educativo podrá ser prestado, además de por el Estado, por otros sujetos, privados o públicos no estatales, pero bajo el *control estatal* (art. 200, inc. 4º). La libertad de enseñar encuentra aquí una reglamentación: la educación privada será controlada por el Estado.

Sabido es que la reglamentación de los derechos no puede alterar su esencia, su sustancia (CN 28). Y la sustancia de una libertad, en lo que en el caso nos

interesa, radica no en la inexistencia de límites, pero sí en que quien goza de ella no debe recibir órdenes de nadie sobre el modo de su ejercicio. El “control” no puede llegar a ese extremo, porque desnaturalizaría el derecho de enseñar.

Ese “control estatal” sobre los prestadores privados del servicio educativo es el meollo de la cuestión que nos interesa (responsabilidad del Estado provincial por hecho ilícito imputado a una escuela privada), ya que de sus contornos corresponde extraer si existe o no la “dependencia” que menta el CC 1113.

La constitución provincial, si bien no tiene reglas sobre el contenido de ese control, en el art. 201 le manda al poder administrador (poder ejecutivo, ministerio de educación o dirección general de cultura y educación) que priorice el *control de la calidad* en la prestación del servicio educativo.

Es la ley la que regula ese control. Rige la ley de educación provincial 13.688 (año 2007) con las modificaciones introducidas por las leyes 13.850, 14.044, 14.222 y 14.362. Para el tiempo del hecho de autos, regía la ley 11.612 (1995), que en lo preciso que aquí interesa no sufrió modificación conceptual alguna.

El art. 17 de la 13.688 establece que el Estado *financia*, y a través de la Dirección General de Cultura y Educación (en otras épocas, dirección general de escuelas, comúnmente conocido como ministerio de educación; en adelante, DGdeCyE), planifica, organiza y supervisa el Sistema Educativo, garantizando el acceso a la educación en todos sus Ámbitos, Niveles y Modalidades, mediante la creación, regulación, financiamiento y administración de los establecimientos educativos de gestión estatal, y la *regulación, supervisión y contralor* de los establecimientos educativos de gestión privada.

El art. 20 -reglamentario del art. 200 inc. 4º de la Constitución Provincial- establece la obligatoriedad de la educación desde los cuatro años del “nivel de educación inicial”, nivel que el art. 24 inc. “a” determina que está constituido por jardines maternos para niños desde los 45 días a dos años de edad inclusive, y jardines de infantes para niños de tres a cinco años de edad inclusive, *siendo los*

últimos dos años obligatorios.

Según el art. 25, el Estado garantiza la universalización del nivel inicial, en el sentido de asegurar su provisión en tanto su responsabilidad indelegable, y *regula el funcionamiento* de todas las instituciones educativas (incluidas las privadas), estando entre sus objetivos (inciso “c”) implementar prescripciones curriculares que incorporen al *juego* como actividad ineludible para el desarrollo cognitivo, afectivo, ético, estético, corporal y social (sic). El art. 61 inciso “b” dice que corresponde a la DGdeCyE la *supervisión*, el *contralor* y la *dirección técnica* de la *tarea educativa* que prestan las instituciones de gestión privada. El art. 74 le da a la Inspección General (órgano que forma parte de la DGdeCyE) la función de *supervisión* del sistema educativo, la que se desarrolla a través del trabajo de los inspectores Jefes Regionales de Gestión Estatal y de Gestión Privada. Que dicha función tiene como fin la atención de los *aspectos pedagógicos y administrativos que inciden en la calidad de los procesos educativos*. El art. 82, que ... los inspectores Jefes Regionales son responsables del acompañamiento en la *orientación y asesoramiento*, a través de los Inspectores Jefes Distritales, en la ... detección de necesidades y problemas. Entre los derechos de los alumnos se enumera (art. 88 inc. “j”) el desarrollar sus aprendizajes en edificios, instalaciones y con equipamiento que respondan a normas legales de *seguridad y salubridad* (ex art. 21 inc. “f” ley 11612).

Ya en relación a la educación de gestión privada (Capítulo VIII), el art. 128 declara que los establecimientos educativos de gestión privada *integran* el sistema educativo provincial (ya lo decía el art. 102 de la ley 11612); el 129, que estarán sujetos a *reconocimiento*, la *habilitación* y a la *supervisión* de las autoridades educativas provinciales (ya lo decía el art. 103 ley 11612); y que para obtener el *reconocimiento* de la creación y la *autorización* ... los establecimientos educativos de gestión privada deben acreditar la existencia de local e instalaciones adecuadas (art. 130 inc. “a”; ex art. 104 ley 11612).

Este régimen, que solo menciona que el estado ejerce supervisión, control de calidad, fijación de pautas de enseñanza, etc., está lejos de permitir afirmar que los establecimientos educativos privados sean jurídicamente (CC 1113 primer párrafo) “dependientes” de aquel. En la gestión privada se ejerce el derecho de enseñar del art. 14 CN, sin que tal ejercicio importe asumir una función que conceptualmente importa un servicio público. Y a tal grado es claro que la “dependencia” del Estado se limita al tema de la calidad de la educación, que el poder sancionador de éste sobre los establecimientos privados no puede pasar de quitarles la autorización para emitir títulos, ya que aun desafectados del sistema, el derecho de enseñar persiste en cabeza del privado.

Un modo práctico de comprobar que el Estado no es responsable por los daños que sufran los alumnos de los establecimientos educacionales privados basada en el “control” que sobre ellos ejerce, consiste en comprobar que, aunque ese mismo “control” lo ejercen sobre los establecimientos públicos, no es esa la pauta que se hace valer para responsabilizarlo por los daños que sufran los alumnos (responsabilidad extracontractual por hechos ilícitos), sino el carácter de “dueño” de la cosa con la que el daño se produjo, conforme la regla del CC 1117.

En un reciente y lúcido voto judicial se ha dicho que *Si bien es cierto que cuando la actividad educativa la presta el Estado se la puede calificar como una función administrativa o de servicio público (el Estado está obligado a prestarlo gratuita y universalmente), tal naturaleza jurídica muta cuando por actuación del principio constitucional de libertad de enseñanza esa actividad la desarrolla un particular, ya que éste la presta “jure proprio”, no obstante el control estatal y aun cuando éste la fomenta incluso a través de medios económicos (subsidios), dado que magüer ello, la actividad será libre y no prestada como concesionario que haya tomado a su cargo el desempeño privado de una función pública (conf. Juan Ramón de Estrada, “Enseñanza Privada y Servicio Público”, L.L., tomo 119, págs. 955 y sgtes.). Ese derecho de enseñar consagrado en el art. 14 de la Carta Magna implica*

la libertad de resolver cómo (es decir, sin recibir órdenes sobre el método para enseñar), qué (no recibir órdenes sobre el contenido de la enseñanza) y a quien (el privado tiene el derecho de admisión, del que el Estado carece por el principio de la universalidad y de la obligatoriedad de la prestación del servicio; por otra parte, el privado, como empresa, al tener fin de lucro, su servicio es pago o su actividad es rentada, a diferencia de la gratuidad de la enseñanza pública; el Estado no le puede ordenar que incorpore a determinado alumno) impartir la enseñanza, sin perjuicio del contralor del Estado sobre la eficiencia de la misma (conf. Bidart Campos, “Derecho Constitucional”, tomo II, págs. 233 y 234) (lo en bastardilla está tomado del voto del Dr. López Muro en Cam. Civ. y Com. Dos, sala Uno, La Plata, causa 108.185 del 16-05-2007, Gómez c/Colegio N. S. de la Misericordia s/Amparo; JUBA B256523).

El concepto de responsabilidad del principal por los dependientes aparece en el primer párrafo del art. 1113 del código Civil (el no reformado por la ley 17711/68), que establece que éste tiene la obligación de reparar el daño causado por quienes están bajo su *dependencia*. Se trata de una de las llamadas responsabilidades reflejas o de rebote, que constituyen las responsabilidades por el hecho de otro, y por ende excepcionales ya que la regla es la responsabilidad por el hecho propio (CC 1109). La *dependencia* allí mentada excede las relaciones laborales, y es aplicable aun a las personas jurídicas. Como el código no dice que el principal responde por los hechos del dependiente, sino “de quienes están bajo su dependencia”, implica que no es necesaria una subordinación permanente propia de las relaciones de trabajo, sino que puede tratarse de una sujeción ocasional, temporaria o parcial para uno o varios asuntos determinados (Cam. 1ª San Isidro, LL 1986-D-259).

La doctrina y la jurisprudencia han entendido que la *relación de dependencia* no tiene sustento exclusivo en la existencia de facultades de vigilancia o de control, sino que además debe estar la facultad de *dar órdenes o instrucciones en cuanto a la manera de cumplir la función encomendada*. Implica que el principal tiene *poder de*

mando. La relación de dependencia, dice Llambías, se define por dos elementos: a) que haya una función practicada por el dependiente en servicio o utilidad del principal; y b) que medie *subordinación* del dependiente hacia el principal con respecto al desempeño de esa función en cuanto al modo o la manera de cumplir con la incumbencia (Tratado...Obligaciones, IV-A, pág. 275, n° 2463), en tanto que de parte del dependiente existe el deber o la necesidad de acatar las directivas y criterios del principal.

Es criterio asentado el que *para que haya dependencia que responsabilice al principal, debe haber una subordinación tal que implique que el dependiente esté obligado o sujeto a acatar órdenes o indicaciones de aquel* (Rezzónico, “Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil”, Librería Editorial Ciencias Económicas, Buenos Aires, 1958, pág. 644). *Dependiente es quien ha sido puesto por otro para la ejecución de un cometido bajo las órdenes o instrucciones de la persona por cuya cuenta obra aquél* (Llambías, Raffo Benegas y Sassot, “Manual de Derecho Civil-Obligaciones”, 9ª ed., Editorial Perrot, pág. 626, n° 1478)

Por supuesto que hay otros criterios más amplios, que ven la existencia de *dependencia* aun en la actividad de aquel a quien se encomienda un encargo y lo realiza de tal modo que constituye la expansión y prosecución de la actividad del principal, para satisfacer un interés propio de éste, pero ellos no gozan de la aprobación de la doctrina más asentada (Trigo Represas-López Mesa, Tratado de la Responsabilidad Civil, t. III, pág. 65). Comparto la idea tradicional de que la *dependencia* que menta el CC 1113 implica subordinación, y necesidad de acatar órdenes. El significado de la palabra “dependencia” tiene un amplio espectro de zona gris, de latitud de sentido, lo que en lógica se llama vaguedad en el significado de la expresión. Se puede llegar al extremo de entender que como en una sociedad todos, en cierta medida, dependemos de todos, el Estado sería el responsable final de todos los daños que sufren sus habitantes, lo que resulta inconcebible, con más razón aun en un Estado como el nuestro, en el que predominan ciertas ideas de libertad, de

responsabilidad personal, de autodeterminación, de entronización de la voluntad individual, etc., en suma, de liberalismo y de república. Donde la socialización de los riesgos no ha llegado a esos extremos. Pese a que concedo que la concepción liberal a ultranza que tiñe nuestro código civil decimonónico ha sufrido importantes retrocesos.

Es claro a mi ver que no se está ante un caso que implique responsabilidad para el Estado, si admitimos para el término “*dependiente*” el sentido acotado a la persona subordinada que recibe órdenes, que fue la idea del codificador en su momento. El establecimiento de enseñanza privada no fue “puesto” por el Estado sino por su dueño en ejercicio de su libertad de enseñar. No recibe órdenes o instrucciones de él. Por ello sostengo que no hay una relación de dependencia que justifique la extensión de responsabilidad que decidió el “a-quo”.

Por si ello no bastara, se debe advertir que en el caso no alegó la actora que por parte del Estado hubiera existido alguna precisa falencia en el ejercicio del control o supervisión que por ley tiene sobre el establecimiento escolar de gestión privada demandado (vg., cuestionando por peligrosa la instalación de la cosa a la que se atribuyó la causa del daño), tal que justifique atribución de responsabilidad por el hecho propio (CC 1109, defecto en el ejercicio del poder de policía educacional). Nada de eso se dijo en la demanda, ni se probó en realidad la etiología del daño en el sentido que se lo vinculara causalmente con el neumático enterrado.

Finalmente, tampoco está probado -no hubo alegación alguna de parte al respecto- que aquí exista algún punto de contacto que justifique responsabilidad del Estado por el hecho de otro (CC 1113 primer párrafo), como he examinado.

En suma: como no se adujo el motivo jurídico que justifique responsabilidad, ni surge éste de la prueba producida (CPC 375 y 384), propicio que la acción contra el Estado provincial sea desestimada.

Con costas a la parte actora en ambas instancias, y también a la codemandada Arzobispado de Mercedes-Luján en segunda instancia, ya que se opuso al recurso

del Fisco (confr. fs. 626/7), a ambas en atención a su condición de vencidas (CPC 68).

VI)- Los rubros desestimados por falta de prueba. El rubro “incapacidad”, y el rubro “gastos terapéuticos futuros”. ¿También el rubro “daño psicológico”?

La sentencia los desestimó por falta de prueba, al primero porque no se había acreditado la medida en que la incapacidad gravitó en las actividades habituales de la víctima. Falta de prueba en que la actora habría incurrido al ser declarada negligente en la producción de la pericial médica. Situación que se revirtió al prosperar el replanteo (CPC 255 inc. 1º) que articuló, como ya lo he relacionado *ut supra*.

En su recurso de apelación, la parte actora pidió la concesión de los rubros del reclamo (confr. fs. 488vta., punto 5).

La incapacidad, como rubro del resarcimiento indemnizatorio por hecho ilícito, es la secuela o disminución física o psíquica que pudiera quedar luego de completado el período de recuperación o restablecimiento, en la medida que aquellas incidan en el patrimonio del afectado, ya sea afectándolo directamente en sus ingresos corrientes, ya indirectamente en sus potencialidades y consecuentes expectativas legítimas. No puede confundirse la reparación por incapacidad con la correspondiente a lucro cesante. Porque el lucro cesante consiste en el resarcimiento de las ganancias dejadas de percibir durante el tiempo que haya demandado la curación de la víctima (SCBA, Ac. 42.528, sent. del 19 VI 90, Ac. y Sent., 1990 II, 539; Ac. 52.258, sent. del 2 VIII 94, DJBA 147, 177, Ac. y Sent., 1944 III, 208, E.D. 160, 403, Ac. 54.767, sent. del 11 VII 95, DJBA 149, 161, Ac. y Sent. 1995 III, 15). Aunque es de notar que las reparaciones por incapacidad y lucro cesante no resultan excluyentes entre sí (SCBA, Ac. 52.258 del 2 VIII 94 citado).

Cuando en sede civil se indemniza por *incapacidad* se lo hace teniendo en cuenta la integralidad de la persona, no solo en lo que ella es capaz de producir desde lo económico, sino también como y cuanto esa persona se ha visto afectada

desde lo social, lo deportivo, lo sexual, etc., etc. No es solo lucro cesante. Es también el deterioro biológico. Es también el perjuicio que se le origina con las pérdidas de *chance* u oportunidades, las de gozar de la vida con salud, de tener proyectos, ya sea laborales o familiares, de progresar como ser humano en lo intelectual, en lo espiritual, y por que no, también en lo físico (de mi voto en causas 25.748 y 25.749). La indemnización por “incapacidad” abarca, como gusta definirlo a mi distinguido colega de sala Dr. Marchió, la total personalidad del individuo pues no se limita a resarcir la capacidad laboral específica sino también la genérica, extendiéndose a otras manifestaciones de la personalidad como sociales, deportivas, etc. (su voto en causa 17.767 del 28 de mayo de 1998 difundido en Jurisprudencia Argentina” t, 1999-IV, pág. 293 y sgtes. comentado por Santiago Rubinstein).

En cuanto a los porcentajes de incapacidad parcial y permanente que arrojan los expertos, son nada más que una de las tantas pautas orientadoras para el juzgador, la cual -incluso- lejos está de ser la más importante, como lo es en el ámbito de la indemnización tarifada del derecho laboral. Acá, en cambio, juega el principio de la “reparación integral”, el cual pone la mira en la personalidad íntegra del lesionado, y no solamente en su aptitud productiva de bienes, como en lo laboral sucede por vía de principio. *Lo que* en materia civil *interesa*, entonces y por encima de todo, *son las concretas minusvalías* que específicamente han dejado en el individuo las consecuencias del accidente (doct. arts. 1069, 1086 y concs. del C. Civil).

En la demanda, con una estimación de un 20% de incapacidad, se reclamaron \$ 80.000.

El perito médico traumatólogo dictaminó (fs. 572/575vta.) que el accidente lo sufrió una menor de 3 años, que le provocó fractura supracondílea de su codo con gran desplazamiento, que fue operada de urgencia por falta de pulso radial y se le colocaron clavos, medio yeso y vendas. Internada 4 días, mediante otra intervención quirúrgica le retiraron los clavos. Ambas operaciones con anestesia general. Que

pese a la rehabilitación nunca alcanzó la extensión completa del codo y le quedaron cicatrices queloides. Que revisó a la causante María Agustina Marchetti ya de 14 años, y constató que tiene conservada su fuerza muscular, que es normal su sensibilidad termoalgésica e epicrítica en ambos miembros superiores, lo mismo que el pulso. Que no observa trastornos tróficos en antebrazos, muñecas ni manos, ni atrofas musculares. Y que de resultas de la fractura presenta dos cicatrices visibles a un metro de distancia con luz natural con queloides posquirúrgicas en el codo derecho, y limitación de su extensión. Explicó que las fracturas en niños de corta edad se corrigen con más facilidad que en los adultos. Con citas técnicas dictaminó la corrección del tratamiento médico aplicado. Por la fractura estimó una incapacidad parcial y permanente del 20 % TO o total vida. En cuanto al daño estético, lo estima por el baremo utilizado para cicatrices del miembro superior en un 23,5 parcial y permanente de la O.T. o total vida. Y que una cirugía plástica reparadora podría intentarse, pero sus resultados son a veces decepcionantes por la reaparición posquirúrgica mediata de queloides antiestéticas.

Para lo que nos interesa en el punto de la incapacidad, además de los muy claros conceptos vertidos por el perito Dr. Loewe, de cuyas conclusiones no tengo motivos para apartarme (CPC 474), debemos recurrir a los dichos de testigos imparciales sobre las minoraciones que observaron en la causante. En tal sentido es esclarecedor el testimonio de la Sra. Ana María Volpe, maestra jardinera en el establecimiento en que ocurrió el hecho (fs. 310/311vta.), quien aseveró que la causante continuó concurriendo al año siguiente (el hecho ocurrió casi al finalizar el ciclo, en diciembre) (12ª), y que la niña se desenvuelve con normalidad tanto en su desempeño escolar como juegos, pero que lo único que le quedó es que no puede extender el bracito igual que el otro, cuando lo hace lo tiene más encogido (sic; 13ª).

La testigo Jéssica Reschini (fs. 312 y vta.), que como profesora de educación física tuvo como alumna a la causante en natación, destacó la importancia que la extensión de los miembros tiene en esa disciplina, y dijo que notó que Agustina no

lo podía hacer correctamente, porque el brazo derecho, que es el timón del cuerpo en nado, cuando lo utilizaba se torcía su trayectoria; que tampoco puede realizar correctamente la respiración del croll. Que todas las técnicas de natación dependen de la extensión del brazo al frente. Que notó que Agustina perdió interés cuando vio que ella no podía hacer todo bien como ocurría con sus compañeros, todo le costaba más, y perdió motivación (CPC 456).

Finalmente, de la conclusión expuesta por la perito psicóloga (fs. 365) extraigo que “...ya transcurrido el tiempo Agustina se presenta como una niña perfectamente adecuada a su entorno de amistades y familiar, y se constata junto a la progenitora que no posee trastornos “actuales” de aquel accidente. Ella en el presente lo toma como algo sucedido, ya pasado, y se define como una niña feliz, contenta por el acontecimiento futuro de tomar la comunión y de las muchas amistades que posee. A nivel cognitivo tampoco se registran secuelas del mismo ya que posee notas brillantes...” (CPC 474).

Lamentablemente -o no- no se han arrimado datos certeros sobre las eventuales minoraciones laborales futuras, o de toda otra índole, que la secuela física le puede acarrear a la causante. Ante este estado de incertidumbre, no me está dado el colegirlas.

En suma: es claro que existen dos motivos que generan cierto grado de incapacidad física: la limitación en la extensión del brazo derecho (el hábil), y las cicatrices en el codo. Estas últimas fueron -correctamente- incorporadas en el tratamiento del daño moral, como se verá en el punto que sigue. También está claro que no hay incapacidad psíquica que incida en la cuantificación del rubro.

Propongo que se revoque la sentencia en cuanto desestimó el rubro “incapacidad”, y que por él se otorgue a los reclamantes la suma de \$ 80.000 (CC 1068, 1083 y 1086; CPC 165, 384, 456 y 474).

El rubro “gastos terapéuticos futuros”, para lo cual se lo enfocó en el aspecto de una intervención de cirugía plástica para mejorar el aspecto de la cicatriz, no

puede prosperar. En efecto, el perito dictaminó su inconveniencia -como lo he relacionado antes- sin que las partes, ni que por la mía encuentre motivos para hacerlo, le observaran el aserto, razón por la cual las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba pericial aconsejan no apartarse del consejo dado por el técnico en un ámbito que es de su incumbencia profesional (CPC 474). Propicio que en el punto se confirme la decisión del “a-quo”.

En cuanto al “daño psicológico”, que en la demanda no fue pedido como rubro explícito, vale recordar que la sentencia solo dice que lo que desestimó es “...la incidencia del rubro en cuanto a su justipreciación se refiere...” (sic; confr. fs. 459), después relacionar que la pericia psicológica había detectado su inexistencia. Y pese a la ambigüedad de lo pedido en la conclusión de la expresión de agravios de la actora (“...condenando a la demandada al pago de los rubros reclamados...”; confr. fs. 488vta., punto 5), está claro que respecto del tema no hay agravio. Lo que así dejo, simplemente, aclarado.

VII)- Los rubros “daño estético” y “daño moral”.

En la demanda se pidieron \$ 50.000 por daño estético, y \$ 35.000 por daño moral.

El juez fijó por el rubro *daño moral* la suma de \$ 85.000. Y dijo que no pudo fijar indemnización autónoma para el *daño estético* por la negligencia en la prueba pericial médica, pero “...ello no quita que se consideren las secuelas mencionadas al cuantificar el daño moral...” (confr. fs. 458vta.). De hecho, está claro que sumó los montos pedidos por los dos rubros para derivar la adición en el único que prosperó.

Esa resolución agravio a todos los interesados.

La parte actora, porque con ella se habilita la crítica de los demandados por el monto (fs. 482 y sgtes.).

Como era de esperar, la demandada Arzobispado Mercedes Luján, y su aseguradora HSBC, se agravieron porque el monto fijado por daño moral incurre en incongruencia por ultrapetita (fs. 489 y sgtes.), además de señalar que por aquel la

indemnización excede los parámetros del derecho a que ésta sea integral, para transitar por un lucro incausado, o enriquecimiento sin causa. Por el mismo motivo también se había agravado el co-demandado Dirección General de Cultura y Educación (fs. 498, punto II-b), pero dado que esta parte logra desligarse de la responsabilidad, su recurso sobre el tema carece de virtualidad.

El agravio de la parte actora por pretendida incongruencia, a poco que se repare que el monto fijado por daño moral, comprensivo del estético, representa la adición de los totales estimados y reclamados por los ambos rubros, peca de falta de interés, y consecuentemente, de entidad como tal. No es agravio la mera discrepancia con la metodología empleada por el “a-quo” cuando, como en el caso, se arriba a una solución que satisface de modo completo la pretensión del recurrente.

Queda en pie el recurso de la demandada Arzobispado.

Tengo dicho que el daño o la lesión estética por sí mismo no es un rubro autónomo en la indemnización de daños por hechos ilícitos, ya que integra simplemente el del daño emergente si lo que se persigue es el valor de la reparación quirúrgica valuada en su costo, *el de daño moral si es por la aflicción del espíritu que genera el agravio a la integridad corporal que comportan las cicatrices*, o el de lucro cesante si lo que se pide es una frustración de un lucro esperado como efecto de la pérdida de una armonía o belleza corporal con la que se obtienen ganancias lícitas (vg., una modelo o un artista). Así como no se indemnizan las lesiones corporales por sí mismas sino en la medida en que inciden patrimonialmente en la víctima (ya sea por el valor de los servicios para la restauración de la salud, o por la ganancia perdida por la postración en que la dejan), lo mismo ocurre con la lesión estética: el afeamiento del cuerpo por sí solo no es indemnizable.

Admito que la doctrina jurisprudencial vigente se ha inclinado por aceptar esa independencia, desde que se dice que la lesión estética constituye daño material, en la medida que influya sobre las posibilidades económicas futuras del damnificado, o lo afecte en sus actividades sociales proyectándose sobre su vida

individual, razón por la cual tampoco puede considerarse su reparación comprendida dentro de la del daño moral (SCBA, Ac. 52.258, del 2 de agosto de 1994; DJBA 147-177; Ac. y Sent. 1994-III-208; Ac. 54.767, del 11 de julio de 1995, DJBA 149-161, y Ac. y Sent. 1995-III-15; Ac. 65.535, del 8 de abril de 1997; y Ac. 67.778, del 15 de diciembre de 1999). Pero entiendo que desde esa óptica no se contradice la idea que expresé inicialmente, sino que solo representa un cambio de nombre: cuando el lucro cesante (daño material) es por daño estético, en vez de llamarlo así, lucro cesante, lo llama daño estético. Si se lo trata por separado, no se lo puede incluir dentro del daño moral. Pero nada impide que, si el afeamiento del cuerpo no tiene incidencia patrimonial ni como incapacidad ni como lucro cesante, se lo incluya en el daño moral, como en el caso hizo el “a-quo”. Ello así si se parte de la idea que daño moral “es la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precipuo en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, *la integridad física*, el honor y los más sagrados afectos” (Arturo Acuña Anzorena, “Estudios sobre responsabilidad civil”, pág. 64; y SCBA, Ac. 35.579, sent. del 22-IV-1986; Ac. 39.019 del 31-V-1988; Ac. 40.197. del 21-II-1989; Ac. 40.082 del 9-V-1989; Ac. 46.353, del 22-XII-1992; Ac. 52.258, del 2-VIII-1994; Ac. 54..767, del 11-VII-1995; Ac. 55.774 del 14-V-1996, etc.).

Las cicatrices que como efecto del hecho quedaron en el cuerpo de la causante -acreditadas no solo con las fotografías de fs. 9 y 10, sino también con el dictamen del perito médico de fs. 572/575vta., conclusiones en punto IV- son motivo de procedencia de daño moral. Y dado que a la edad que se le originaron, era impensable que tuvieran incidencia patrimonial o material, al menos como daño presente. Con lo que completo la idea de porque no me parece desacertada la conjunción que hizo el juez entre los dos rubros. Y con tal razonamiento desmiento a quienes predicaron que existió incongruencia por ultrapetita, ya que lo concedido no excede la adición de los reclamos. El concepto de daño moral también comprende en el caso los dolores, angustias y padecimientos que debió -indudablemente- sufrir

una criatura de 3 años al lesionarse de tan extrema gravedad, soportar dos intervenciones quirúrgicas severas, pasar por la rehabilitación, y el desánimo que le siguió causando al verse disminuida en la práctica de algún deporte -natación- para el que su incapacidad física la inhabilitaba.

No fue puesta en tela de juicio por el recurrente la procedencia en sí de los dos rubros (daños estético y moral). Solo queda como queja la magnitud del monto acordado por ellos. Para ésta cuestión, es de preguntarse cómo cuantificar al dolor en dinero, o como calcular en dinero la compensación debida, ya que no hay otra forma de resarcir (CC 1083 y su doctrina). La cuantificación del daño moral *es un asunto actualmente librado a la personal apreciación y decisión del Magistrado, sin más guía que su intuición al efecto de esclarecer la equidad de la suma indemnizatoria* (Matilde Zabala de González, “Resarcimiento de Daños”, II, pág. 611). Si lo hacemos desde la óptica de la víctima, para quién es un rubro de la reparación que debe ser integral y tiene función resarcitoria, podremos tal vez concordar con su petición. Pero también se debe ponderar el tema desde la óptica del deudor, que en el caso es un mero responsable objetivo como dueño de establecimiento educacional en el que se originó el daño (CC 1117). No puedo soslayar que para él la reparación que tratamos no deja de ser una pena civil, (la reparación del daño como la pena, sanción o conducta coactiva ínsita en la norma civil primaria, que de tal modo manda no causarlos, según terminología kelseniana) lo que hace que para su cálculo no se deba perder de vista la subjetividad (intención con que obró, pese a que se trata de un vector inexistente en el caso, ya que se aplica el régimen objetivo de responsabilidad) para que el rubro pueda cumplir la función educativa que su naturaleza impone (eso si se concibe al derecho como una técnica social motivadora de conductas). Quiero dejar claro que cuando aludo a la naturaleza ya resarcitoria o ya punitiva del rubro, lejos estoy de querer meter baza en la ya resuelta polémica sobre la naturaleza jurídica del instituto, sino como un modo de discriminar entre las pautas a tener en cuenta. Así como también entiendo, en lo que sigo a un conocido

autor, que se debe ponderar que la indemnización por daño moral en el hecho ilícito no debe ser una suma simbólica; tampoco debe producir un enriquecimiento injusto; debe atender a la gravedad del daño; debe ser una suma que le permita a la víctima compensar el dolor sufrido con un placer a disfrutar; y debe tener la razonabilidad de ser pagable por el ofensor dentro del contexto económico del país y el general estándar de vida (Moset Iturraspe, “Diez reglas...”, L.L., 1994-A-728).

El “a-quo” no ha avasallado las pautas expuestas. Por lo que propongo la confirmación de la sentencia en el punto (arts. 1078 del código civil, y 165, 384, 474 y conchs. del CPC).

VIII)- Finalmente, Arzobispado Mercedes-Luján pidió que se declare que las regulaciones de honorarios se efectúen sin perjuicio de las reducciones que pudieran corresponder por aplicación del art. 505 CC. (confr. fas. 493vta., III). Se trata de la ya muy conocida limitación que al 25% del monto de la sentencia, fijó el texto anexado al art. 505 del código civil por la ley 24.432 (B.O. 10-01-1995) para la responsabilidad por el pago de costas incluidos los honorarios profesionales correspondientes a primera instancia. En la medida que la sentencia de fs. 454/459vta. difirió -sin queja de los interesados- la regulación de honorarios, la petición en sí aparece prematura, además de improcedente su planteo en ésta instancia cuando no hay recurso por aquellos. Pero lo improcedente del reclamo radica fundamentalmente en que se le pide al tribunal que emita una declaración que por ahora sería abstracta, lo que no es dable aceptar por exceder las funciones que la ley le acuerda al órgano.

IX)- Las costas de primera instancia como tema de recurso y agravio. Y la adecuación de las costas conforme el resultado del pleito (CPC 68 y 274; y 71).

El demandado Arzobispado Mercedes Luján se agravio porque la sentencia de primera instancia le impuso el total de las costas, cuando, según su opinión, la demanda resultó rechazada en casi su mitad, porque solo prosperó por el 51% del monto reclamado al ser rechazados determinados rubros que lo integraban,

pretendiendo que lo justo sería aplicar el criterio del vencimiento parcial y mutuo contemplado en el CPC 71.

Propicio el acogimiento del agravio. Si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial tradicional sobre el tema sostenía que como la condena en costas tiene fundamento en el principio de la derrota, y que el demandado que resulta condenado por un hecho ilícito debe cargar con ellas aunque algunos rubros del reclamo no sean aceptados porque tal circunstancia no le cambiaba su carácter de vencido (SCBA Ac 55.856, del 25-03-1997; Ac 56.328, del 05-08-1997), no lo es menos que la SCBA ha trocado ese criterio por el de sostener que *cuando uno de los rubros que integran la demanda es desestimado, cabe encuadrar el caso en el art. 71 del CPC porque existe un vencimiento parcial*. Lo dijo por mayoría en un caso de responsabilidad contractual (SCBA, AC 78451, del 29-10-2003, “Carquen c/Aspersión”), y lo reiteró, también por mayoría, en uno de responsabilidad extracontractual (SCBA Ac 93236, del 26-09-2007, “Cáceres c/Ferraro”; ambos difundidos en JUBA B 26965).

De tener acogida el criterio sustentado en éste voto, la parte actora, con relación a la demandada Arzobispado, si bien resulta triunfadora en punto a la responsabilidad y en alzada logró incluir en la condena el rubro “incapacidad”, a la vez que se confirma lo resuelto sobre el rubro “daño moral”, ve frustrado su reclamo por el de “gastos terapéuticos futuros”.

En virtud de ello propongo que las costas de primera instancia se le impongán al demandado Arzobispado Mercedes-Luján y su aseguradora HSBC SA (hoy QBE Seguros La Buenos Aires SA) en un 80%, y las de Alzada en un 70% (art. 71 CPC).

En cuanto a las costas respecto del Fisco de la Provincia de Buenos Aires, me remito a lo ya votado en el capítulo V “in fine”.

Con los precisos contornos y salvedades que surgen de lo precedentemente expuesto, doy mi voto por la **NEGATIVA**.

A la misma **primera cuestión**, el Sr. Juez Dr. Violini, aduciendo análogas razones, dio su voto en el mismo sentido.

A la **segunda cuestión** planteada, el Sr. Juez Dr. Etchegaray dijo:

En atención al resultado que arroja la votación que precede, por el acuerdo alcanzado la resolución que corresponde adoptar es 1º)- revocar la sentencia apelada en cuando extendió la condena al Fisco de la Provincia de Buenos Aires – Dirección General de Cultura y Educación, ya que la demanda a su respecto se rechaza con costas en ambas instancias a la actora, y las costas de segunda instancia también se le imponen a la co-demandada Arzobispado Mercedes-Luján y su aseguradora HSBC SA (hoy QBE Seguros La Buenos Aires SA); 2º)- modificar la sentencia en el sentido que se acoge el rubro “incapacidad” por la suma de pesos ochenta mil (\$ 80.000); 3º)- y confirmar la sentencia en todo lo demás que fue materia de apelación y agravios. 4º)- Con costas de primera instancia a la demandada Arzobispado Mercedes-Luján y su aseguradora HSBC SA (hoy QBE Seguros La Buenos Aires SA) en un 80%, y de Alzada en un 70%.

Tal es mi voto.

El Sr. Juez Dr. Marchió, por iguales fundamentos y consideraciones, emitió su voto a ésta misma **segunda cuestión** en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Mercedes, de marzo de 2014

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Lo que surge del acuerdo que antecede, se

RESUELVE:

1º)- Revocar la sentencia apelada en cuando extendió la condena al Fisco de la Provincia de Buenos Aires – Dirección General de Cultura y Educación, ya que la demanda a su respecto se rechaza con costas en ambas instancias a la actora, y las

costas de segunda instancia se le imponen también a la co-demandada Arzobispado Mercedes-Luján y su aseguradora HSBC SA (hoy QBE Seguros La Buenos Aires SA).

2º)- Modificar la sentencia en el sentido que se acoge el rubro “incapacidad” por la suma de pesos ochenta mil (\$ 80.000).

3º)- Confirmar la sentencia en todo lo demás que fue materia de apelación y agravios.

4º)- Con costas de primera instancia a la demandada Arzobispado Mercedes-Luján y su aseguradora HSBC SA (hoy QBE Seguros La Buenos Aires SA) en un 80%, y de Alzada en un 70%.

Notifíquese. Regístrese. Devuélvase.