

Nº de orden:
Libro S - 180

Expte. Nro. 112.110
Autos: S., M. M. c/
Fiscalia de Estado y ots. s/
Daños y perjuicios

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los *Nueve* días del mes de Octubre de dos mil ocho, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. EMILIO ARMANDO IBARLUCIA, CARLOS ALBERTO VIOLINI Y ROBERTO PEDRO SANCHEZ, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el **Expte. Nº 112.110**, en los autos: **“S., M. M. C/ FISCALIA DE ESTADO Y OTS. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”.-**

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.-

1ª.) ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª.) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación:
Dres. Ibarlucía, Sanchez y Violini.

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Ibarlucía dijo:

I.- La sentencia de fs. 359/75 es apelada por la parte actora, la demandada Provincia de Buenos Aires y la citada en garantía, quienes expresan agravios a fs. 401/10, 417/24 y 412/16, los que son contestados a fs. 429/33, 425/26 y 427/28 respectivamente.

II.- 1.- La Sra. M. M. S., en representación de su hijo menor P.M.S., promovió demanda contra la Municipalidad de Marcos Paz y la Provincia de Buenos Aires (Dirección General de Escuelas y Cultura y Educación), solicitando la reparación de los daños y perjuicios sufridos a raíz de la lesión sufrida en un partido de fútbol, organizado por la Escuela de Enseñanza Media Nº 1 “Crucero General Belgrano” y el municipio, el día 10/08/02.

Dijo que el día indicado se realizó un torneo de ese deporte con la finalidad de auspiciar una “copa de leche” para los alumnos

del establecimiento, y que el día del evento comprobaron que también iban a participar alumnos de la sección nocturna, muchos de ellos mayores de 35 años, lo que provocó que los partidos se disputaran entre jugadores con notable desproporción de fuerzas. Expresó que durante el primer tiempo a su hijo P. su futuro agresor le aplicó un golpe en la boca, que el árbitro no sancionó, y luego lo agredieron y amenazaron. Al iniciarse el segundo tiempo – continuó narrando –, la misma persona se lanzó violentamente con la dos piernas hacia delante buscando las del menor, provocándole fractura de tibia y peroné desplazado, siendo trasladado al hospital municipal, donde quedó internado y posteriormente intervenido quirúrgicamente.

Fundó la responsabilidad endilgada en el art. 1117 del C.C., en la obligación tácita de seguridad, y el incumplimiento del deber de vigilancia por parte de los organizadores.

Sostuvo que el autor del hecho tuvo intención de causar el daño, no siendo ello propio de las contingencias del deporte, habiendo aumentado los riesgos al permitirse que participaran jugadores con edades muy disímiles.

Reclamó indemnización por incapacidad sobreviviente, gastos de farmacia y asistencia médica, daño psicológico y su tratamiento, y daño moral.

Luego amplió la demanda, denunciando que como secuela del hecho, el menor había quedado con el miembro inferior más corto (fs. 25).

2.- La Municipalidad de Marcos Paz contestó oponiendo en primer lugar la excepción de falta de legitimación pasiva. Dijo que dos semanas antes del hecho el Sr. Omar Buzzi, empleado de la D.G.E.y C. se presentó en la Secretaría de Deportes del municipio, manifestándole al responsable del área, la intención de organizar el torneo para recaudar alimentos no perecederos para los alumnos cadenciados (“copa de leche reforzada”), y que solamente se lo asesoró sobre cómo realizar el fixture, no asumiendo la organización, el auspicio o el control del evento.

N° de orden:
Libro S - 180

Expte. Nro. 112.110
Autos: S., M. M. c/
Fiscalía de Estado y ots. s/
Daños y perjuicios

Respecto del fondo del asunto, negó todos los hechos alegados en la demanda.

3.- Corrido el traslado de ley, la actora sostuvo que el municipio tuvo activa participación en la organización y desarrollo del torneo, lo que encontraba sustento en la prueba documental acompañada.

A fs. 75 se difirió para el momento de la sentencia su resolución.

4.- En nombre de la Provincia contestó la acción la Fiscalía de Estado, pidiendo su rechazo, con el argumento de que el torneo fue organizado por la municipalidad, el predio en el que tuvo lugar no pertenecía a la Dirección General de Escuelas y durante su desarrollo los participantes no se hallaron bajo la guarda de docentes ni se trató de actividades relacionadas con la enseñanza.

Negó que hubiera mediado un hecho ilícito, y calificó el hecho como caso fortuito, dado que los golpes eran propios del deporte y los participantes se exponían voluntariamente a ese riesgo. Cuestionó los rubros y montos indemnizatorios reclamados.

4.- La citada en garantía – Provincia Seguros S.A. – no contestó la demanda en término, pero asumió la cobertura del hecho dentro de los límites de la póliza (fs. 125).

5.- Producida la prueba, se dictó sentencia haciéndose lugar a la excepción de falta de legitimación opuesta por el municipio, por considerar el juez que de la prueba producida surgía que no había tenido participación en la organización del evento, imponiendo las costas de la incidencia por su orden.

En relación al hecho que motivara la demanda, el sentenciante consideró que, pese a que existía un riesgo propio del deporte que los jugadores asumían, aquel se había debido a una acción desmedida y antirreglamentaria de un jugador, que debía ser considerado tercero por quien no se debía responder en los términos del art. 1113 2do. párr. "in fine" del C.C..

No obstante, consideró que la Dirección General de Escuelas debía responder por haber organizado el torneo sin distinguir a los

menores de los mayores, por la deficiente supervisión de las autoridades de la escuela, y que éstos tenían una guarda de los alumnos delegada por los padres.

Por tal motivó, atribuyó la responsabilidad del hecho en un sesenta por ciento a la conducta del jugador que provocara la lesión, y en el cuarenta por ciento a la D.G.E.y C.. Fijó los montos indemnizatorios de la siguiente manera: a) incapacidad sobreviviente: \$ 30.000; b) gastos de farmacia y asistencia médica: \$ 3.000; c) gastos de tratamiento psicológico: \$ 2.400, y d) daño moral: \$ 20.000. En todos los casos, condenó a la provincia demandada a responder por el cuarenta por ciento de esas sumas, con más los intereses a la tasa pasiva del Banco Provincia de Buenos Aires desde la fecha del hecho.

III.- 1.- Llegado a la mayoría de edad el actor, se agravia en primer lugar de la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva, diciendo que los testigos tenidos en cuenta por el juez fueron propuestos por el municipio y son dependientes del mismo, y que del expediente administrativo surge que participó en la organización del torneo.

Se queja de la distribución de responsabilidad decidida en la sentencia, expresando que ninguno de los demandados invocaron como eximente el hecho de un tercero. Además, dice que entre el organizador del torneo y el autor del hecho hubo una relación de dependencia, en tanto alumno del establecimiento – con cita del art. 1115 del C.C. -, en la medida que no hace falta que la misma se de solo cuanto hay un vínculo laboral, y argumenta con la falta de cumplimiento del deber de vigilancia.

Se agravia del rechazo del daño psicológico por no considerarlo el juez un rubro autónomo, esgrimiendo las diferencias de ese concepto respecto del daño moral. Asimismo, se queja de la cuantificación de este último y de la incapacidad sobreviviente por estimar bajas las sumas fijadas.

Finalmente se agravia de la tasa pasiva fijada, argumentando que debe ser la activa, y finalmente de que se haya condenado a la provincia a abonar una suma parcial del monto total, diciendo que al actor

N° de orden:
Libro S - 180

Expte. Nro. 112.110
Autos: S., M. M. c/
Fiscalía de Estado y ots. s/
Daños y perjuicios

le asiste el derecho de cobrar la totalidad a cualquiera de los condenados. Sostiene al respecto que se trata de obligaciones "in solidum".

2.- La citada en garantía se queja del rechazo de la demanda contra el municipio, cuestionando la prueba de testigos producida.

Se agravia también del cuarenta por ciento de responsabilidad atribuida a la Dirección General de Escuelas provincial, diciendo que la madre expresamente autorizó a su hijo a jugar el torneo, y que la lesión fue producto de una acción natural y común del deporte, y en tal sentido se trató de un accidente fortuito, encuadrable en el caso fortuito que exime de responsabilidad conforme al art. 1117 del C.C..

Finalmente se queja de la imposición de costas, pidiendo que, en caso de confirmarse la sentencia, se impongan en el orden causado.

3.- La Fiscalía de Estado se agravia de la responsabilidad atribuida a la provincia, argumentando que se trató de un accidente futbolístico, con argumentos similares a los de la citada en garantía. Es decir, que el hecho se produjo por un caso fortuito, siendo el contacto físico entre los jugadores de un partido de fútbol inevitable, no habiendo el árbitro sancionado la conducta de la persona a quien se le atribuye el hecho. Dice también que los docentes no hubieran podido evitar que el hecho se produjera.

IV.- Excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Municipalidad de Marcos Paz.

Se queja el actor y la citada en garantía de que el juez haya tenido en cuenta las declaraciones de testigos ofrecidos por el municipio y dependientes del mismo, pero aún cuando este último cubriera con un manto de sospecha a esos testimonios (art. 439 inc. 5 C.P.C.C.), olvidan los apelantes que la prueba acerca de que el ente municipal fue organizador del torneo recaía sobre él, ya que a cada parte incumbe la carga de probar el presupuesto de hecho de su pretensión (art. 375 C.P.C.C.).

Ninguna prueba aportó al respecto, toda vez que la nota por fax que obra a fs. 52 (formando parte del expediente administrativo abierto por la Fiscalía de Estado para contestar la demanda de autos)

aparentemente fue emitida por la Directora del establecimiento escolar, y ningún otro elemento lo corrobora. El hecho de que la solicitud de colaboración hecha por el Sr. Omar Buzzi a la Secretaría de Deportes del municipio no se halla canalizado por escrito nada agrega para presumir que éste participó en la organización, y es perfectamente creíble que, ante un pedido verbal, el municipio se haya negado, sin perjuicio de la colaboración voluntaria personal de algunos empleados municipales. Antes bien, la falta de una resolución por escrito acerca de la decisión de participar del ente municipal hace presumir que ella no existió.

V.- Responsabilidad.

Llega a esta instancia incontrovertido que la escuela a la que concurría el actor, teniendo en ese momento 16 años de edad, organizó un torneo de fútbol con la participación de los alumnos del establecimiento de los distintos turnos, y que durante el desarrollo de uno de los partidos, aquél sufrió la lesión que motiva los presentes autos. En consecuencia, la norma aplicable al caso es el art. 1117 del C.C., que expresamente contempla la responsabilidad *objetiva* de los propietarios de los establecimientos educativos, privados o estatales, por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa (texto según ley 24.830, vigente a la fecha del hecho).

No es, por consiguiente, de aplicación el art. 1113 del C.C., como parece entender el sentenciante (pese a que comienza el considerando tercero con la cita del art. 1117). La diferencia no es menor, ya que mientras el art. 1113 prevé la posibilidad de exención de responsabilidad mediante la acreditación de la culpa de la víctima o de un tercero por quien no se deba responder, el art. 1117 *sólo* contempla la eximente del titular del establecimiento educativo por medio de la prueba del caso fortuito.

La ley 24.830 (publicada en julio de 1997) implicó un cambio radical del viejo art. 1117 del Código de Vélez. Este no sólo se refería a los daños *causados* por los alumnos y aprendices mayores de diez años, sino que establecía una presunción de culpa de los directores de colegios, maestros y artesanos, ya que preveía que podían eximirse de

N° de orden:
Libro S - 180

Expte. Nro. 112.110
Autos: S., M. M. c/
Fiscalia de Estado y ots. s/
Daños y perjuicios

responsabilidad probando que no habían podido impedir el daño con la autoridad que su calidad les confería y con el cuidado que debían poner (o sea, la *falta de culpa*). Los fundamentos que se esgrimían para tal tipo de responsabilidad eran la culpa “in vigilando” o la patria potestad delegada (conf. Trigo Represas – López Mesa, “Tratado de la responsabilidad civil”, T. III, La Ley, 2004, p. 253).

En cambio, el nuevo art. 1117 no sólo incluyó en su previsión a los daños *sufridos* por los alumnos menores cuando se hallaren bajo el control de la autoridad educativa y directamente impuso como sujeto pasivo de la responsabilidad a los propietarios de los establecimientos educativos, sino que sólo excusó tal responsabilidad en caso de que aquellos probaren el caso fortuito. Se trata, entonces, de un caso extremo de responsabilidad objetiva, que excluye tanto la eximente de falta de culpa, como los de culpa de la víctima o de un tercero, al punto que se ha considerado que se trata de una obligación de seguridad que es de resultado (C.N.Civ., sala H, 30/04/02, en RCyS., 2002-II-112).

Por ello, los autores arriba citados dicen que el fundamento de la responsabilidad no es más que la *voluntad del legislador*, que ha creado *ex nihilo* un nuevo supuesto de responsabilidad antes difusa aunque no inexistente (ob. cit., p. 254). No obstante, más adelante dicen Trigo Represas y López Mesa que adhieren a las posturas doctrinarias que, descartando que el fundamento sea el riesgo creado, sostienen que es el *factor de garantía* (ob. cit., p. 255). En este sentido, merece destacarse la opinión de Aída Kemelmajer de Carlucci, quien, apenas sancionada la ley 24.830, opinó que se trataba de una *garantía* creada por la ley, de forma tal que el establecimiento educativo pasaba a ser garante de todo lo que le sucediera al alumno y de todo lo que hiciera mientras estuviera bajo el control del mismo, salvo el caso excepcional del caso fortuito (“La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1977”, L.L. 1998-B-1047).

Precisamente por tratarse de un caso extremo de responsabilidad objetiva, la misma reforma legal estableció la obligación de la

contratación de un seguro de responsabilidad civil (2do. párr. del art. 1117 C.C.), mecanismo habitualmente propiciado como equilibrador en estos casos.

La obligación de garantía impuesta por la ley, entonces, tiene determinadas consecuencias: a) no es indispensable identificar al autor del daño; b) el único recaudo subjetivo que debe cumplir el alumno es que sea menor de edad; c) el hecho dañoso puede ser doloso, culposo o meramente accidental (conf. Kemelmajer de Carlucci, ob. cit.).

Asimismo, la norma tiene un ámbito material, otro temporal y otro espacial de aplicación. Respecto de lo primero, se entiende que al decir el artículo “*cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa*”, comprende todas las situaciones en que se desarrollen tareas o actividades bajo esa supervisión, como por ejemplo las deportivas. En relación al ámbito temporal, causalmente ese control conduce a que no se circunscriba la responsabilidad al horario escolar sino al tiempo en que se desarrolle la actividad. Y lo mismo ocurre con el espacial, ya que puede llevarse a cabo la misma fuera del espacio del establecimiento. Así, se considera que la responsabilidad se extiende a los viajes de estudios, paseos, esparcimiento o realización de deportes en cualquier otro lugar (Kemelmajer de Carlucci, ob. cit.).

Llevadas estas premisas al caso de autos, vemos que se cumplen todas. El torneo de fútbol fue organizado y supervisado por autoridades del establecimiento educativo, el daño fue sufrido por un alumno durante su desarrollo, y en nada cambia que se haya llevado a cabo en el predio de la Sociedad Española de Marcos Paz, ni la finalidad altruista que motivó su realización.

En situación tal, sólo cabía al titular del establecimiento educativo y a la citada en garantía probar que el hecho se ocasionó por un caso fortuito (art. 1117 1er. párr. “in fine” del C.C.).

Con buena voluntad – y recurriendo al “*iura novit curia*” - cabe encuadrar la defensa de la demandada en tal hipótesis. En otras palabras, corresponde decidir si el *accidente deportivo* alegado como descargo puede ser calificado como caso fortuito.

N° de orden:
Libro S - 180

Expte. Nro. 112.110
Autos: S., M. M. c/
Fiscalia de Estado y ots. s/
Daños y perjuicios

Es de recordar en primer lugar que el caso fortuito es el hecho *que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse* (art. 514 C.C.).

Si el primer supuesto es la imprevisibilidad, parece evidente que la posibilidad de que se produzca un choque entre dos jugadores en un partido de fútbol y que uno de ellos resulte lesionado no reúne tal característica (como dice la citada en garantía en su apelación, es natural que durante el desarrollo de un partido los participantes puedan sufrir golpes, fs. 414vta.). Ahora bien, el precepto prevé el caso de que el hecho sea previsible, pero aún así no pueda evitarse. La lógica de la norma es que, si el deudor de la obligación prevé que un hecho impediendo del cumplimiento de la misma puede ocurrir, debe hacer todo lo posible para evitar llegar a esa situación, y sólo si no puede hacerlo, el hecho constituirá caso fortuito. En el caso de autos, es también evidente que la evitación de un hecho como el que nos ocupa puede lograrse simplemente no organizando el partido de fútbol.

La conclusión es preocupante, ya que conduce inexorablemente a que los establecimientos educativos, si no desean verse expuestos a responder civilmente por el daño sufrido por un alumno, directamente no les hagan realizar actividades deportivas en las que pueda haber “encuentros” físicos entre los jugadores (no sólo fútbol, también rugby, básquet, hockey y otros) o actividades físicas con algún riesgo (v.g.: atletismo), lo cual es contrario a toda concepción educativa moderna, en la que el deporte forma parte de la formación integral del alumno. Pero tal eventual resultado disvalioso evidentemente ha sido asumido por el legislador, sobre la base de que la finalidad perseguida es de orden superior. Como ya dije, el art. 1117 contempla un caso extremo de responsabilidad objetiva, de forma tal que todo alumno menor de edad que concurra a un establecimiento educativo vuelva sano y salvo a su casa, y sólo un acontecimiento extraordinario, insuperable, podría exonerar de responsabilidad a la institución si ello no fuera así.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci en el trabajo que he citado dice que el caso fortuito en estos casos debe entenderse en sentido amplio, y por lo tanto comprender en su alcance la conducta de la propia

víctima cuando se trate, por ejemplo, de menores de edad que han alcanzado cierta edad, haciendo jugar al respecto los arts. 512 y 1111 del C.C.. De la misma manera sostiene que el hecho de un tercero puede constituir un hecho extraordinario e imprevisible configurativo de caso fortuito, siempre, claro está, según las circunstancias el caso.

Entiendo que la prestigiosa jurista piensa, quizás, en el hecho voluntario de un menor adulto (al hablar de “menores” el artículo incluye hasta a los de 20 años) que fuera imposible de prever o de evitar con las precauciones normales. Pero no es el caso de autos. Reitero que se podía evitar el hecho sencillamente con la realización del partido.

Respecto del hecho del tercero, podría calificarse de esa manera al jugador mayor de edad que ocasionó la lesión al menor actor, pero ello tampoco puede considerarse imprevisible, dado que, como dije, los choques entre jugadores son frecuentes en el desarrollo de un partido de fútbol. Y menos aún podría considerarse imprevisible si se tiene en cuenta que los mismos organizadores del torneo no podían ignorar que, haciendo participar a todos los alumnos de la escuela (incluidos los del turno nocturno) muchos serían adultos de mayor contextura física. Esto fue alegado en la demanda y ha sido corroborado por las declaraciones testimoniales (fs. 246 y vta., 257/58). La posibilidad de que el choque entre un menor de 16 años y un adulto de más de treinta provoque una lesión en el primero parece mayor que si el encuentro se produce entre dos menores.

Ciertamente lo que no podría, razonablemente, considerarse previsible es que un partícipe intencionalmente cause una lesión a un adversario, ya que se presume que todos se ajustarán al “fair play”, y además el árbitro lo sancionaría severamente. Pero esto de ninguna manera se ha probado que haya ocurrido en el caso de autos. Solamente el testigo Nieto – quien fuera compañero del colegio del actor y jugara para el mismo equipo – insinuó ello con su declaración, pero es totalmente insuficiente para darlo por acreditado. Por otro lado, no se ha denunciado que el árbitro hubiera sancionado la jugada como infracción (arts. 456 y 384 C.C.).

N° de orden:
Libro S - 180

Expte. Nro. 112.110
Autos: S., M. M. c/
Fiscalia de Estado y ots. s/
Daños y perjuicios

La argumentación de los apelantes en torno a la jurisprudencia acerca de la asunción del riesgo propio de los deportes por parte de los jugadores - lo que descarta, en principio, la responsabilidad civil por los daños provocados en ese trance (ver Trigo Represas – López Mesa, ob. cit., T. II, p. 792 y ss.) -, no es aplicable al caso de autos, dado que la responsabilidad objetiva que el art. 1117 del C.C. contempla traslada la asunción del riesgo al establecimiento educativo, que sólo puede eludir su responsabilidad si demuestra que el hecho se produjo por caso fortuito.

Finalmente, es de señalar que la insinuación de las apelantes en el sentido de que la madre prestó autorización previa para que su hijo participara del torneo (fs. 418), además de no reunir los requisitos del art. 260 del C. Proc., no puede ser considerada en esta instancia por no haber sido alegado oportunamente como defensa (arts. 163 inc. 6 y 272 C.P.C.C.).

Propongo, en consecuencia, que se revoque la sentencia apelada, adjudicándose la totalidad de la responsabilidad a la Provincia demandada, titular del establecimiento educativo a cargo del menor en las circunstancias en que el hecho tuvo lugar.

VI.- Indemnización.

1.- Daño psicológico.

Se queja la demandada del rechazo de este rubro por estimar el juez que no se ha probado que padezca una patología de ese tipo que le impida desarrollar alguna actividad productiva útil. Por el contrario, entiende la apelante que ello surge de la pericial psicológica producida en autos.

Reiteradamente tiene dicho esta Sala que adhiere a la postura doctrinaria y jurisprudencial que sostiene que no existe un “tertium genus” distinto del daño patrimonial y del extramatrimonial (Trigo Represas – López Mesa, “Tratado de la responsabilidad civil”, T. IV, La Ley, 2004, p. 696 y ss.; esta Sala, causas n° 108.706 y 108.707 del 14/10/04, y 108.415 del 31/08/04, entre otras). Como ha dicho el Dr. Roncoroni, la práctica de admitirlo en forma independiente puede llevar a una injusta e inadmisibles doble indemnización, toda vez que el juez al abordar el daño moral y el patrimonial

que provoca una lesión incapacitante o menoscabadora de la integridad psicofísica del sujeto, pondera el menoscabo espiritual y patrimonial que la lesión provoca en el actor. Asimismo – ha dicho el citado Ministro, con cita de Zavala de González -, las lesiones pueden ser múltiples y variadas, pero no son el daño en sí mismo, sino la causa fuente o desencadenante del mismo, que para su integral, prudente y debida reparación, cabe abordar en sus dos grandes esferas (patrimonial y moral) (votos en L.81.159 del 27/11/02, D.J.J., año LXII, T. 164 N° 13.618 , p. 2936; y Ac. 77.461 del 13/11/02; concordantemente, en varios fallos, la S.C.B.A. ha sostenido la falta de autonomía del daño psíquico; v.g.: Ac. 58.505 del 28/04/98; ac. 64.248 del 8/09/98; Ac. 79.853 del 3/10/01, entre otros).

No se trata de que no se indemnice el daño psicológico, sino de que se lo evalúa tanto para mensurar la indemnización por incapacidad, en el caso de que pueda haber generado dificultades laborativas o tener incidencia en las posibilidades económicas futuras, como para graduar el daño moral, en el supuesto de que le haya provocado o le cause sufrimientos o afecciones en sus sentimientos (esta Sala, causas n° 108.707 del 14/10/04, 108.415 del 31/08/04 y 111.677 del 11/04/08, entre otras). Por lo tanto, propongo rechazar este agravio.

2.- Incapacidad sobreviviente.

Se agravia el apelante del monto indemnizatorio fijado por este concepto, diciendo, en primer lugar, que el “a quo” ha omitido considerar el informe de la perito psicóloga, donde la experta dictaminó el mismo porcentaje que el perito médico (35 %), y afirma que, aplicando el método residual, el actor sufriría una incapacidad del 57 por ciento.

Ninguna explicación proporciona acerca de cómo llega a ese porcentaje. Los grados de incapacidad dictaminados por los peritos de ninguna manera deben sumarse, sino que debe evaluarse concretamente en qué consiste la lesión física o en el trauma psíquico padecido, si los mismos han dejado secuelas de carácter permanente, y de qué manera ellas inciden en la pérdida de aptitudes laborales o en el desarrollo de actividades para obtener bienes económicos.

N° de orden:
Libro S - 180

Expte. Nro. 112.110
Autos: S., M. M. c/
Fiscalia de Estado y ots. s/
Daños y perjuicios

El actor sufrió una fractura cerrada de pierna y peroné derechos con desplazamiento y compromiso del nervio ciático poplíteo externo. A los seis días se le practicó osteosíntesis con clavo con guía acerrojado, lográndose la reducción de la fractura. Tres semanas después le practicaron electroestimulación y kinesioterapia de los músculos patéticos, afectados por el compromiso del nervio ciático palitio externo. En diciembre del mismo año, por la flebitis de la pierna derecha con linfagintis y ademitis inginal y secreciones a través de los orificios de los cerrojos, debió recibir tratamiento de antibióticos, y el 24/01/03 le retiran los tornillos, cultivan las secreciones y le suministran antibióticos mientras estuvo internado hasta el 4/02/03. El 22/04/03 le extrajeron el clavo por presentar signos de infección ósea, cultivan las secreciones y lo mantienen internado con antibióticos hasta el 25/04/03. El cuadro infeccioso lo supera el 15/05/03, debiendo mantener control periódico (inf. pericial, fs. 276).

Dice el perito médico que no es común el retiro del material de osteosíntesis, y que al actor se le practicó por presentar un proceso infeccioso. Como secuelas dice el experto que le han quedado: a) daño estético de su miembro inferior derecho, con acortamiento de 1 cm. de su contraletaral; b) lesión del nervio ciaticopoplíteo externo con estepage del pie derecho, con paresia muscular que condiciona disminución de la fuerza contra fuerza moderada; c) limitación de la flexión dorsal del pie derecho a 10°; d) hipoestesia maleolar y permaleolar de pierna derecha, hiperestesia en la cara interna de la misma pierna y sensación urente pericicatrizal; e) dolor en la cicatriz sobre la protuberancia tibial y del pie derecho al caminar. Dictamina finalmente una incapacidad del 35 por ciento.

A los pedidos de explicaciones formulados por la demandada y la citada en garantía contesta el perito que la fractura bifragmentaria de tibia y peroné derechos consolidó en líneas generales siguiendo el eje longitudinal de ambos huesos, observándose en la consolidación del peroné, la superposición de su extremo con un pequeño desplazamiento, que coincide con el de la tibia. Todo lo cual se corresponde con la diferencia de 1 cm. que presentan los miembros inferiores. Explica

también el método seguido para medir la incapacidad, indicando que ha tenido en cuenta un 5 % por daño estético y un 5 % por factores complementarios (fs. 313).

A fs. 315 la citada en garantía impugna la explicación brindada, diciendo, entre otras cosas, que no corresponde al perito computar el daño estético dado que ello corresponde a los jueces, debiéndose limitar el perito a informar sobre las secuelas mecánico funcionales, observación que comparto. Asimismo, expresa que el Baremo Nacional según ley 24.557 por fractura de tibia y peroné es del 5 al 15 % de la total.

En relación a la pericial psicológica de fs. 264/65 coincido con el juez de grado en cuanto a que no se advierte que la lesión sufrida haya aparejado secuelas incapacitantes desde el punto de vista laboral o productivo (art. 474 C.P.C.), por lo que debe valorarse tal informe en relación al daño moral.

De acuerdo al tipo de secuelas incapacitantes sufridas por el actor, en especial el acortamiento de un centímetro de su pierna derecha, la edad al momento del hecho (16 años), de forma tal que afectarán toda su vida laboral, y teniendo en cuenta también lo fijado por esta Sala en casos análogos, estimo que el monto fijado (\$ 30.000) debe confirmarse. (Arts. 1067, 1068, 1069, 1083 y cctes. C.C.; art. 165 C.P.C.C.).

3.- Daño moral

De acuerdo a la índole de las lesiones sufridas, el tiempo de internación, el proceso infeccioso que padeció (fs. 276), las intervenciones quirúrgicas que debió atravesar, el daño estético que tiene (una cicatriz de 7 cm. y otras 4, fs. 275vta.), y lo informado por la perito psicóloga en cuanto a los efectos causados por el hecho de autos en la psiquis del actor, estimo que la suma indemnizatoria debe elevarse a \$ 25.000 (art. 1078 C.C., y art. 165 C.P.C.C.).

4.- Tasa de interés.

Se queja el actor de la tasa pasiva fijada en la sentencia. Al respecto, esta Sala ya se ha pronunciado en varias oportunidades

N° de orden:
Libro S - 180

Expte. Nro. 112.110
Autos: S., M. M. c/
Fiscalía de Estado y ots. s/
Daños y perjuicios

(causas n° 110.671 del 10/11/06, 111.127 del 17/07/07, voto del suscripto en disidencia en la causa n° 24.653 de la Sala 2, y de los integrantes de esta Sala por mayoría en la causa n° 24.792 del 26/06/07 de la Sala 2, causa n° 111.302 del 20/09/07, 111.964 del 11/09/08 de esta Sala, entre otras) con argumentos que a continuación transcribo.

No existen motivos para apartarse de la reiterada doctrina de la casación provincial en el sentido de que en materia de responsabilidad por hechos ilícitos la tasa que debía aplicarse era la que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires por los depósitos a treinta días (tasa pasiva).

El fundamento del alto tribunal es que el interés previsto por el art. 622 del C.C. tiende a resarcir al acreedor el daño patrimonial causado por la falta de cumplimiento oportuno de la obligación, y que no debe perderse de vista que necesariamente hay que tener en cuenta cuál habría sido la inversión ordinaria al alcance del acreedor si hubiese recibido su acreencia en término, siendo indudable que cualquier institución bancaria le hubiese abonado únicamente la tasa pasiva vigente en ese momento. Agrega la Corte que si el acreedor alega que por falta de pago en término se vio obligado a contraer un préstamo por el cual debió pagar el interés de plaza a la tasa activa, no es jurídicamente posible que ese supuesto daño (constituido por la diferencia entre la tasa activa y la pasiva, que en lenguaje financiera se denomina "spread") le sea resarcido a través de la fijación de la tasa activa, dado que no se trata de un daño "in re ipsa". Es decir, que debe probarse que ese mutuo tuvo existencia real y la relación causal entre el incumplimiento y la necesidad de tomar el crédito (Ac. 49.439 del 31/08/93, D.J.B.A. 145-187; y Ac. 49.441 del 23/11/93, D.J.B.A. 146-29, con cita de Ac. 48.827, L. 48.431, L. 48.569, Ac. 49.987, L. 49.809, L. 50.314).

Tal doctrina fue reiterada con posterioridad a la devaluación del enero de 2002 en B 60.749 del 13/03/02, en un caso que, si bien se trató de reclamo de haberes jubilatorios, los argumentos esgrimidos son los mismos, no habiéndose modificado hasta el presente. La Sala 1 la ha seguido invariablemente, dado que no ha cambiado pese a la modificación de

las circunstancias económicas generadas por la devaluación de enero de 2002 (causas n° 109.177 del 14/05/06, 110.498 del 5/09/06, entre otras).

Principalmente porque entiendo que cuando se trata de doctrina consolidada de la casación provincial, la misma debe ser seguida por los tribunales de grado, dado que el objeto del recurso de inaplicabilidad de ley es procurar la unidad de la jurisprudencia, y tal propósito se frustraría si los tribunales inferiores insistieran en soluciones que irremediablemente habrían de ser casadas (conf. Hitters, ob. cit., ps. 335 y 349). Por ello, el art. 279 del C. Procesal habilita el recurso por violación de la ley o de la “*doctrina legal*”, que no es la de los autores sino la sustentada por la Suprema Corte (Hitters, ob. cit., p. 333), y de ahí que se califique a este recurso como “*de casación*”. Pese a que ni la ley ni el máximo tribunal exigen un número determinados de fallos coincidentes para que pueda hablarse de “*doctrina legal*”, he dicho en otra oportunidad que esta se configura sólo cuando puede decirse que se ha consolidado a través de un varios pronunciamientos. Ello así porque la reiteración de fallos en igual sentido es lo que hace predecible que la Corte fallará de la misma manera, y por razones de economía procesal y seguridad jurídica – previsibilidad sobre todo para los litigantes - no es conveniente dejar de lado tal doctrina. Por otro lado, los cambios en la composición del alto tribunal hacen que varíen las decisiones sobre un mismo tema, pero con mayor dificultad ocurre cuando se trata de doctrina afianzada o consolidada (esta Sala, causa n° 109.171, “Riquelme c. Mollo” del 7/04/05).

Aún cuando se considere que la doctrina de la casación provincial puede ser dejada de lado cuando se aportan nuevos argumentos que lo justifique, en el caso no encuentro razones para ello dado que claramente la misma aventa cualquier solución injusta, ya que hace excepción del supuesto en que el damnificado de un hecho ilícito pruebe que, con motivo de los gastos que tuvo que afrontar, debió recurrir al crédito de una entidad financiera (fallos citados, y esta Sala, causa n° 109.177 del 14/05/06, entre otras), con lo cual, el daño real sufrido queda a salvo de reparación. En el caso de autos, la actora no ha probado tal circunstancia.

N° de orden:
Libro S - 180

Expte. Nro. 112.110
Autos: S., M. M. c/
Fiscalía de Estado y ots. s/
Daños y perjuicios

Es de tener en cuenta que si se tiene en cuenta cuál es la naturaleza de las deudas que componen los rubros indemnizatorios en casos como el de autos, lejos puede decirse que la tasa pasiva conduce a una reparación injusta. En efecto, si nos remitimos a la clásica distinción entre *obligaciones de dinero* y *obligaciones de valor*, cabe señalar que en las primeras el objeto es la cantidad de dinero a cuyo pago se obligó el deudor (un *quantum*), y en las segundas el dinero aparece sólo como sustitutivo del objeto especificado, la prestación contiene un valor abstracto o una utilidad, referida necesariamente a una porción o masa de bienes (un *quid*) (Llambías, Obligaciones, t. II, Abeledo-Perrot, 4ta. ed., 1994, p. 191; voto del Dr. Cifuentes en plenario “La Amistad” de la C.N.Civ., E.D. 74-463). Las obligaciones por responsabilidad extracontractual encuadran claramente en estas últimas. Es decir no existe un *quantum* previamente establecido que debía pagar el deudor al momento del hecho; por el contrario se trata de un *quid* (la reparación) que se determina en el momento de dictarse la sentencia. Siendo ello así, los jueces estiman el monto indemnizatorio sobre la base de los valores de los precios – el costo de vida – en el momento en que se abocan a tal tarea; nunca sobre la base de los existentes al momento del hecho, lo que requeriría una información que no está a su alcance y que las partes no proporcionan. Por consiguiente, si los jueces estiman los montos indemnizatorios a valores actuales (con la salvedad de los consistentes en gastos concretos, en que se basan en la documentación aportada, o en los montos de reparación de vehículos aportados por peritos ingenieros, que tienen en cuenta los valores a la época del informe pericial), lo lógico sería que la tasa de interés fuera la denominada *pura*, la que, en tiempos de desvalorización monetaria, se estimaba en el seis por ciento anual. La tasa de interés pasiva, por el contrario, nunca es inferior a ella, y en los últimos años ha sido varias veces superior (en 2002 fue del 20 por ciento anual), con lo cual – reitero – no puede hablarse de solución injusta.

En consecuencia, propongo el rechazo del agravio.

VII.- Costas.

El agravio de la citada en garantía en cuanto a que se las costas deben imponerse en el orden causado debe rechazarse, dado que no existen motivos para apartarse del principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C.).

En cuanto a las costas de segunda instancia, de acuerdo a la forma en que se propicia que se resuelva la litis, también deben ser soportadas por la demandada y la citada en garantía (art. 68 C.Proc.).

Por lo expuesto, con el alcance propuesto, **VOTO POR LA NEGATIVA.**

Los señores jueces Dres. Sanchez y Violini, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante emiten sus votos en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Ibarlucía dijo:

De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1°.- Revocar parcialmente la sentencia apelada, dejando establecido que se condena a la Provincia de Buenos Aires y a la citada en garantía Provincia Seguros S.A. a abonar la totalidad de la indemnización que se establece en la suma de \$ 60.400

2°.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada y citada en garantía.

ASI LO VOTO.-

Los señores jueces Dres. Sanchez y Violini, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante emiten sus votos en el mismo sentido.

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

S E N T E N C I A

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

N° de orden:
Libro S - 180

Expte. Nro. 112.110
Autos: S., M. M. c/
Fiscalia de Estado y ots. s/
Daños y perjuicios

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser revocada parcialmente.

POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, **SE RESUELVE**:

1°.- **REVOCAR** parcialmente la sentencia apelada, dejando establecido que se condena a la Provincia de Buenos Aires y a la citada en garantía Provincia Seguros S.A. a abonar la totalidad de la indemnización que se establece en la suma de \$ 60.400

2°.- **IMPONER** las costas de ambas instancias a la demandada y citada en garantía. **NOT. Y DEV.-**

Firman: Dr. Emilio A. Ibarlucía - Dr. Roberto P. Sanchez

Dr. Carlos A. Violini.

Ante mi, Gabriela A. Rossello.

FUENTE: www.scba.gov.ar