

RESPONSABILIDAD

- Daños a un alumno en un establecimiento educativo
- Factor Objetivo
- Deber de Seguridad
- Caso Fortuito
- Daño Estético
- Daño Moral
- Gastos de Odontología
- Tratamiento Psicológico

“Cáceres Manzoni Alejandra y otra c/ Colegio Dr. Rafael Castillo s/ Daños y Perjuicios”

Tribunal: Excma. Cámara de Apelación Civil y Comercial - Sala I

Causa: 48133 **R.S.:** 216/03 **Fecha:** 12/08/03

Firme

/// la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los DOCE días del mes de agosto de dos mil tres, reunidos en la Sala I del Tribunal, los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, doctores Liliana Graciela Ludueña, José Eduardo Russo y Juan Manuel Castellanos, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "CACERES MANZONI ALEJANDRO Y OTRA C/ COLEGIO DR. RAFAEL CASTILLO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" y habiéndose practicado el sorteo pertinente (art. 168 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código de Procedimientos Civil y Comercial),

resultó que debía observarse el siguiente orden; Dres. LUDUEÑA - RUSSO - CASTELLANOS, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.: ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 444/60?

2da.: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION: la señora Juez doctora Ludueña, dijo:

I) Contra la sentencia definitiva dictada a fs. 444/60 y aclaratoria de fs. 471, interponen las partes sendos recursos de apelación, que libremente concedidos, son sustentados a fs. 550/1 y 556/62, replicados a fs. 566/68 y 572/82.

Actuó la Sra. Juez a quo la pretensión resarcitoria promovida por Alejandro Caceres Manzoni y Arminda Angelica Olivera en representación de su hija menor Romina Mariana Caceres, contra Elida Rita de Renzis y María del Carmen Bavestiello -en su carácter de titulares del establecimiento de enseñanza-, condenándolas a pagar la suma de \$17.000, con más sus intereses y costas. Rechazó la acción en relación a la Sra. Rosalía Beatriz Vidal, con costas a la actora.

II) Las apelantes demandadas se quejan de la procedencia de la acción a su respecto, sosteniendo que quedó acreditado haber cumplido con el deber de seguridad implícitamente contenido en el

contrato de enseñanza y que la caída de Romina, fue un hecho imprevisible e inevitable.

En la especie, me referiré a la responsabilidad de las apelantes Sras. Elida Rita De Renzis y María del Carmen Bavestiello, propietarias del establecimiento, ya que fue desestimada la procedencia de la acción respecto de la Directora Sra. Vidal, lo que no ha sido materia de agravio.

Introdujo el artículo 1117 del Código Civil (t.o. ley 24.830) una modificación sustancial al régimen anterior, responsabilizando a los titulares de los establecimientos educativos por los daños producidos dentro del ámbito de actividades en él desarrolladas, con fundamento en un factor objetivo de atribución.

Es así, que el titular del establecimiento educativo privado o estatal no se exime acreditando su diligencia o su falta de dolo o culpa, sino que debe acreditar la existencia del caso fortuito. Si se trata de un daño injusto, aún cuando no pueda efectuarse reproche subjetivo alguno al autor, nace la obligación de resarcir, ya que mediante la objetivación del factor de atribución se ha mejorado la situación de la víctima del daño injusto.

El factor de atribución es el riesgo de la actividad. El riesgo que conllevan las actividades que involucran a conjuntos de personas se eleva porque se trata de niños y adolescentes que, por su desarrollo evolutivo, resultan propensos a la realización de actos perjudiciales, y lo pone a cargo del titular del establecimiento educativo, ya que es él quien organiza los medios materiales y humanos destinados a llevar a cabo la prevención, encontrándose en mejores condiciones para evitarlo o reducirlo a su mínima expresión.

Ha quedado acreditado (artículo 375 C.P.C.C.) que la niña, alumna regular de la institución, cursando el cuarto grado, se cayó en el recreo lesionándose, dándose así las condiciones para la procedencia del reclamo, ya que se trata de una menor de edad y el daño recibido se produjo mientras se encontraba "bajo el control de la autoridad educativa", como reza la norma en análisis.

El deber de seguridad, se considera inserto en todo tipo de contrato de enseñanza, incluida tácitamente con carácter general y accesorio en ciertos contratos para preservar a las personas o las cosas de los contratantes, contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato cuyo fundamento se halla en la primera parte del art. 1198 del Cód. Civil (Bustamente Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad", T.3º-959, Loizaga, "Responsabilidad Civil de los establecimientos educativos", pág. 53).

Como consecuencia lógica de la objetivación del factor de atribución, se dispone que el titular del establecimiento se liberará de responsabilidad probando el caso fortuito, es decir todo evento que no ha podido preverse o que efectivamente previsto, no ha podido evitarse (artículo 514 Código Civil).

La demostración, como pretenden las apelantes, de haber adoptado todas las precauciones necesarias tendientes a evitar el daño no sirve como excusa de responsabilidad, sólo la ruptura del nexo de causalidad adecuado entre el riesgo y el daño, permitirá a las dueñas de la institución educativa eximirse de la obligación de resarcir el daño sufrido por la alumna.

La testigo Spinelli se enteró del hecho por comentario de la maestra de la niña al día siguiente (pregunta 13, fs. 180), a su turno, Pimazzoni, depone que no vio el hecho, lo conoce por comentario de otras personas (pregunta 7º, fs. 167 vta.), Ibarra lo supo al día siguiente del hecho (pregunta 7º, fs. 373 vta., artículo 456 C.P.C.C.). La Sra. Toledo, docente de Romina, no acompañaba a los niños en el momento de la caída, ya que circunstancialmente -así depone- había subido a otra dependencia, enterándose luego del hecho ocurrido, pudiendo constatar que la niña se había raspado un pómulo y que "le faltaban dos pedacitos de dientes" (2da. pregunta, fs. 346 vta.). Todas estas testigos son docentes del establecimiento en cuestión, pero ninguna de ellas presenció el momento mismo del accidente, tomando conocimiento por comentarios, hecha la salvedad respecto de la docente de Romina que pudo constatar las lesiones producidas pero que tampoco presenció el hecho.

Si bien, las propietarias sostienen que los niños -que ascendían a cien según los dichos de las apelantes-, durante los recreos eran cuidados por diez docentes, es lo cierto, que no arrimaron el testimonio de una sola maestra que acompañara a los niños durante el tiempo del recreo y que hubiese visto lo ocurrido.

No es que la Sentenciante descalifica los testimonios referidos por tratarse de dependientes de la institución, como sostienen las quejas, sino porque no fueron testigos presenciales del hecho, son testigos "de oídas".

El testigo, es por definición, el tercero que comunica datos que no eran procesales en el momento de su observación; ahora bien, al enfrentarse al dato comunicado por el testigo no puede olvidarse que la inexactitud y la mendacidad no se presumen, sino, por el contrario,

"el testimonio se funda en una doble presunción: la conformidad del conocimiento del testigo con la realidad y la de su fundamento moral; es decir, que el testigo no se ha engañado y que no trata de engañar al juez", ya que "la fe en la palabra del hombre que ha presenciado el hecho es uno de los pocos recursos que restan al juez para la averiguación de la verdad" (Alsina, "Tratado...", Ediar, 1958, pág. 530 y sgts.).

Pero cuando lo que relata no es el hecho que se pretende probar, como en la especie, sino la narración que sobre éste han hecho otras personas, el testimonio se llama de oídas o ex auditu. No existe una representación directa o inmediata, sino indirecta o mediata del hecho por probar, el testigo narra no el hecho representado, sino otro representativo de éste -el relato de tercero-.

Uno de los principios generales de la prueba judicial es el de su originalidad, es decir, que en lo posible debe referirse directamente al hecho por probar, porque si apenas se refiere a hechos que a su vez sirven para establecer aquél, se trataría de prueba de otra prueba, que no produce la misma convicción y encierra el riesgo de conducir a conclusiones equivocadas (Devis Echandia, "Teoría General de la Prueba Judicial", T.III-76).

La prueba no original -la prueba de otra prueba- presenta una doble posibilidad de engaño: la posibilidad inherente a sí misma y aquella inherente a la prueba original que contiene; cuanto más se aleja de la fuente original, más disminuye la eficacia de la prueba (Brichetti, "La evidencia...", pág. 171), es que la desconfianza crece, cuanto más son los grados porque el testimonio pasa (Elleno, "De la certidumbre...", pág. 5ta.; mi voto, Cs.30.209 R.S. 184/93)

La amplitud probatoria que consagra nuestro código de fondo no puede ir en desmedro de la fuerza de convicción que los medios probatorios deben alcanzar para llevar al convencimiento del Juzgador que los hechos son ciertos, convicción que debe ser formada conforme a las reglas de la sana crítica que consagra con voz fuerte el artículo 384 del código ritual y esos testimonios ex auditu no son suficientes -a mi ver- para tener por acreditada la eximente de responsabilidad, esto es que la caída de la víctima se debió a un caso fortuito.

La invocación y prueba de la existencia de una causa ajena -escribe Bustamante Alsina- interesa al demandado para excusar su responsabilidad, por falta de relación de causalidad entre el hecho propio, el de sus subordinados o las cosas de que es dueño o guardián y el daño sufrido por la víctima.

La gravedad de la constatación de la eximente de responsabilidad de las demandadas (artículo 513 del Código Civil) hace que el cumplimiento del imperativo del artículo 375 del Código ritual opere con gran significación. Y tan importante es la tarea de perfilar el caso fortuito, que la Casación Provincial ha sostenido, que quien alega como defensa el caso fortuito debe probarlo, lo que supone que también tiene a su cargo acreditar la inexistencia de las circunstancias que le impedían alegarla, entre ellas, que no medió culpa (Ac. 49.567 30/3/93, Ac. 53.445 5/9/95).

La "inevitabilidad" es definitoria de esta figura. "El hecho debe ser imposible de evitar aplicando la atención, cuidados y esfuerzos normales en relación al hecho de que se trata, considerando las circunstancias concretas de lugar, tiempo y personas. Es decir que el

juzgamiento de la conducta en función de las mismas circunstancias concretas de personas, tiempo y lugar (artículo 512 Código Civil), determinará la existencia de culpa y la inexistencia del caso fortuito, o bien la existencia de caso fortuito y la inexistencia de culpa" (Bustamante Alsina, ob. cit., pág. 264).

Para hablar de inevitabilidad, forzoso resulta referir a la ausencia de actuar culposo. Esta falta de culpa es un recaudo esencial a ser probado por quien quiera hacer valer la defensa basada en el "casus" (arts. 513 Código Civil y 375 C.P.C.C.).

Las demandadas sostienen que el hecho se produjo ante la vigilancia de las maestras (diez docentes cuidan a los niños en los recreos), pero por lo súbito no lo pudieron evitar, esto que aparece como el mínimo recaudo a cumplir por la institución no pudo acreditarse, ya que las docentes que testimonian no vieron el hecho, la propia maestra de Romina a estar a sus dichos, estaba fuera del patio donde los niños jugaban y de las otras nueve que deberían haber estado ninguna fue traída como testigo presencial. Es decir, no compareció ninguna docente que haya visto el momento en que Romina se lesiona, no se logró acreditar en definitiva la falta de culpa para que pueda operar la eximente del caso fortuito, por lo que propongo desestimar los agravios y confirmar lo decidido por la Juez de Grado.

III) Fijó la Sentenciante, en la suma de \$1.500 la indemnización por daño estético, apelando las demandadas por su procedencia y, en su defecto, por considerarla elevada.

Cualquier desfiguración física producida por las lesiones, sea o no subsanable, configura un daño estético, ya que la

integridad corporal es un bien cuyo desmedro da lugar a la pertinente indemnización, pero para que sea computable ha de tener alguna entidad (esta Sala, Cs. 29.340 R.S. 115/93; 38.652 R.S. 246/97, entre otras). Tal entidad la encuentro configurada en la especie, valorando la opinión del perito odontólogo, quien dictamina sobre la fractura de los dientes 11 y 12, siendo necesaria la biopulpectomía total dejando al diente carente de vitalidad, con mayor fragilidad y pérdida de la sensibilidad. Dada la posición y ubicación de las piezas dentarias lesionadas, es menester una obturación -dice el experto- de excelente calidad, situación que no presenta la menor observándose diferencia de coloración entre el diente afectado y su restauración, y con las piezas dentarias vecinas. Situación reversible realizando una nueva restauración de las piezas dentarias de mejor calidad de materiales y técnicas. Finalmente sostiene que la diferencia de coloración produce una lesión estética visible a un metro de distancia (pericia de fs. 247/255, de la que no encuentro mérito para apartarme, artículo 474 C.P.C.C.).

Ello sentado, propongo confirmar lo decidido y mantener el monto fijado ya que la estética mejorará con un nuevo tratamiento (artículos 1086 del Código Civil y 165 in fine C.P.C.C.), desestimando el agravio.

IV) Fijó la Sra. Juez a quo, en la suma de \$6.500 la asistencia odontológica actual y futura y gastos de farmacia actuales y futuros, apelando las demandadas por considerarlos elevados.

La indemnización debida por los gastos de odontología, más que un resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, constituyen un reintegro del valor de los gastos hechos por la lesionada,

sea que lo hubiera abonado con anterioridad o que los adeudare, ya que al pagar todos los gastos u obligarse a hacerlo, experimente un menoscabo inmediato en su patrimonio, se trata, en definitiva, de una pérdida real y efectivamente sufrida. Si bien estos gastos deben probarse por el reclamante (artículo 375 C.P.C.C.) no es menester una prueba concluyente, en razón de la absoluta necesidad de los mismos y de la dificultad de obtener los medios probatorios, pero es necesario que guarden relación de causalidad con la naturaleza del daño sufrido (esta Sala, mis votos, Cs. 31.428 R.S. 79/94; 31.042 R.S. 74/94; 35.133 R.S. 78/96; etc.).

Valorando la opinión del perito odontólogo sobre el costo del tratamiento "futuro" (ver fs. 338/339) y que la opinión de los expertos no son vinculantes para los jueces, estimo prudente, tomando en consideración el costo del tratamiento realizado por la Dra. Gomez (fs. 128/132), actuar este rubro por la suma de \$3.600, acogiendo el agravio de las demandadas y modificando este aspecto del decisorio (artículo 165 in fine C.P.C.C.).

V) Fijó la Sentenciante en la suma de \$5.000, el tratamiento psicológico, apelando la actora por considerarlo bajo y las demandadas, a su turno, por considerarlo elevado.

La perito psicóloga dictamina que la niña se encuentra psicológicamente afectada por el accidente, siendo aconsejable un tratamiento de 2 a 3 veces por semana durante un lapso de dos años (fs. 190/196). La necesidad de tratamiento psicológico ha quedado acreditada en estos obrados con la opinión de la perito psicóloga (artículo 474 C.P.C.C.); la indemnización por los gastos de tratamiento psicológico más que un resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, constituye un

reintegro del valor de los gastos que han de afrontar, pero sin olvidar que tratándose de un tratamiento futuro, su frecuencia y duración dependerá de la evolución de la paciente, y por ende no puede pautarse en forma matemática de antemano (esta Sala, mi voto Cs. 32.601 R.S. 275/94; 26.777 R.S. 206/95). Ello sentado, valorando la opinión de la experta y tratándose de un tratamiento futuro, es que estimo prudente fijar este rubro en la suma de \$4.000, acogiendo el agravio de las demandadas y desestimando el de la actora.

VI) Fijó la Sentenciante en la suma de \$4.000 el daño moral, agraviándose las demandadas por considerarlo elevado.

A la luz de lo normado por el artículo 1078 del Código Civil, el daño moral debe comprender el resarcimiento de la totalidad de los padecimiento físicos y espirituales derivados del ilícito, su estimación no debe ni tiene porque guardar proporcionalidad con los daños materiales emergentes del ilícito pues la magnitud del daño en tal sentido, sólo depende de la índole especial del hecho generador de la responsabilidad y no del resarcimiento específicamente referido al daño material. El reconocimiento y resarcimiento del daño moral depende -en principio- del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido sin que sea necesaria otra precisión (causa 31.042 R.S. 74/94; 31.272 R.S. 21/94; 34.349 R.S. 214/95; 39.484 R.S. 109/98, 41.479 R.S. 52/99).

Ello sentado y a la luz de las constancias objetivas de la causa, es que propongo mantener el importe fijado por la Sentenciante, desestimando este agravio (art. 165 in fine C.P.C.C.).

VII) Se agravia la actora, de la forma en que se mandan liquidar los intereses, solicitando la tasa activa.

No le asiste razón. En efecto, hemos resuelto reiteradamente en seguimiento de la Casación Provincial que los intereses han de calcularse según la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días vigente en los distintos períodos de aplicación, por lo que corresponde desestimar este agravio (artículo 622 Código Civil, esta Sala Cs. 40.662 R.S. 251/98; 39848 R.S. 123/98; 47.863 R.S. 21/03; 47.620 R.S. 78/03, entre otras).

VIII) Se agravian finalmente las demandadas, por haber desestimado el pedido de plus petición inexcusable ya que en todos los rubros -dicen- las pretensiones de la parte actora fueron reducidas en un 20%.

La teoría objetiva de imposición de costas al vencido que dicta el art. 68 párrafo 1ero. del C.P.C.C., sufre algunas excepciones en supuestos taxativos, uno de ellos es el de plus petición inexcusable.

Pero la pluspetitio no se configura por la sola desproporción entre lo reclamado y lo condenado en la sentencia, es imprescindible que la pretensión haya sido reducida en un 20% (artículo 72 in fine C.P.C.C.) y, que el contrario la hubiere reconocido oportunamente hasta el límite que después ha actuado la decisión.

No basta, que se haya reducido sensiblemente el monto en razón de que las pretensiones no progresan en su totalidad, o en menor medida, tiene que existir una notoria desproporción vulnerándose al mismo tiempo el principio de la buena fe que campea en materia procesal.

Tampoco se configura, cuando el actor ha estimado un monto con sujeción a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, y en casos como el presente la estimación pericial aparece como primordial (punto II, fs. 31, arg. art. 330 2do. párr. C.P.C.C.; S.C.B.A. Ac. y Sent. 1960-II-460, Ac. 25.461, 9/5/78).

De modo que no configurándose en autos el supuesto excepcional del artículo 72 del C.P.C.C., ha de aplicarse la regla madre del artículo 68 con imposición de costas al vencido, por lo que propongo desestimar este agravio.

IX) Como los agravios dan la medida de la competencia de esta Alzada, propongo confirmar lo decidido en lo principal que decide, fijando los montos indemnizatorios en las siguientes sumas: daño estético: pesos MIL QUINIENTOS (\$1.500), daño emergente: pesos TRES MIL SEISCIENTOS (\$3.600), tratamiento psicológico: pesos CUATRO MIL (\$4.000) y daño moral: pesos CUATRO MIL (\$4.000). Costas de esta Instancia atento la forma en que se resuelve en el orden causado (artículo 68 párrafo 2do. C.P.C.C.), difiriendo las regulaciones de honorarios (artículo 31 ley 8904).

Voto, en consecuencia, por la AFIRMATIVA

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Russo y Castellanos, por iguales fundamentos votaron también por la AFIRMATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTION, la señora Juez doctora Ludueña, dijo:

Conforme se ha votado la cuestión anterior corresponde confirmar lo decidido en lo principal que decide, fijando los montos indemnizatorios en las sumas de daño estético: pesos MIL QUINIENTOS (\$1.500), daño emergente: pesos TRES MIL SEISCIENTOS (\$3.600), tratamiento psicológico: pesos CUATRO MIL (\$4.000) y daño moral: pesos CUATRO MIL (\$4.000). Costas de esta Instancia atento la forma en que se resuelve en el orden causado, difiriendo las regulaciones de honorarios.

ASI LO VOTO

Los señores Jueces doctores Russo y Castellanos por los mismos fundamentos, votaron en análogo sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Morón, 12 de agosto de 2003.-

AUTOS Y VISTOS: De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, por unanimidad se confirma lo decidido en lo principal que decide, fijándose los montos indemnizatorios en las sumas de daño estético: pesos MIL QUINIENTOS (\$1.500), daño emergente: pesos TRES MIL SEISCIENTOS (\$3.600), tratamiento psicológico: pesos CUATRO MIL (\$4.000) y daño moral: pesos CUATRO MIL (\$4.000). Costas de esta Instancia atento la forma en que se resuelve en el orden causado, difiriendo las regulaciones de honorarios.

Fdo: Dra. Liliana Graciela Ludueña, Dr. José Eduardo Russo, Dr. Juan Manuel Castellanos. Ante mí: Esteban Santiago Lirussi.-

