

En la ciudad de Mar del Plata, a los 2 días del mes de Febrero del año dos mil dieciocho, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: “C., H. O. y Otro c. ESCUELA N° 20 ESTABLECIMIENTO DR. VICTORIANO MONTES s. Daños y perjuicios”. Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

#### CUESTIONES

- 1) ¿Es justa la sentencia apelada?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

I: En la sentencia que obra a fs. 389/402, el Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a la demanda entablada por H. O. C. y M. B. contra la Provincia de Buenos Aires, y condenó a esta última y a la citada en garantía “La Caja de Seguros S.A.” a pagar a los primeros las sumas de ochenta y dos mil cien (\$ 82.100) con más intereses y costas.

La sentencia fue apelada por las partes y por la citada en garantía. Los recursos les fueron concedidos libremente, han sido fundados y no fueron respondidos.

II: La Provincia de Buenos Aires, representada por la Fiscalía de Estado ha expresado los siguientes agravios:

a) Se queja del “encuadre jurídico” hecho en la sentencia, destacando en su primer agravio que su responsabilidad ha sido discernida en base a la “falta en el servicio” sin admitir que la lesión sufrida por B. C. se reveló como un hecho imprevisible e inevitable que rompe el nexo causal que debe existir entre el hecho y el daño.

Discurre sobre las diferentes normas aplicables a la responsabilidad del estado, señalando que es una cuestión eminente de derecho público, pues se atribuye a la Provincia el irregular cumplimiento de sus obligaciones en la prestación del servicio de educación en las escuelas, haciendo hincapié en que la lesión ocurrió en una clase de gimnasia en circunstancias en que el docente no se encontraba presente, mientras jugaban al fútbol, ocasión en la que C. gira y cae sobre su pierna, produciéndosele la fractura.

La Provincia, a través de la Fiscalía de Estado, sostiene que la causación del daño es ajena a la demandada, el hecho se revela como imprevisible e inevitable, y se habría

producido de todas maneras aun de haber mediado la presencia de un docente al lado del estudiante.

b) De la prueba producida se desprende que el accidente no ocurrió por falta de control del docente, sino por un movimiento realizado por el mismo C., propio o natural del deporte que se encontraba practicando. Sea por la prueba documental de fs. 37 (reclamo del seguro escolar agregado por los actores) o por el relato hecho a los peritos médico y psicóloga, ésa es la mecánica de los hechos probada, y para hacer responsable al estado por la falta en el servicio debió acreditarse que la ausencia del docente hubiera generado algún desorden, incidente o descontrol que llevó a la producción del hecho lesivo.

No habiéndose probado la relación causal, no se han reunido los presupuestos necesarios para comprometer la responsabilidad de la Provincia.

c) Subsidiariamente se agravia del monto acordado al actor por lesión a su integridad física, psíquica y estética, sin tener en cuenta el cambio de diagnóstico y tratamiento que sufrió B. C. que modificó disvaliosamente el cuadro clínico por un error ajeno.

Pone de relieve que la pericia refiere en el punto f, una recuperación completa al cabo de un año, incompatible con el grado de incapacidad asignado y receptado en la sentencia. Critica el monto otorgado para reparar el daño moral, impugnando las pautas que se mencionan para avaluarlo, y pide que se reduzca.

III: Los agravios de la citada en garantía son:

a) Se agravia de la suma de \$ 50.000 otorgada para indemnizar una incapacidad que continúa considerando “inexistente y NO permanente” y pide que se rechace luego de transcribir distintos criterios sobre la fijación de este daño.

b) Critica la reparación del daño moral, el que no encontraría sustento ante la inexistencia de incapacidad, y el que eventualmente, debe ser reducido. Transcribe nuevamente distintos criterios para la avaluación de este rubro, y pide que la cuantificación no se parezca al desmedido monto fijado en primera instancia.

IV: Los agravios expresados por la parte actora pueden sintetizarse del siguiente modo:

a) Se queja de la escasez del monto asignado para reparar los daños por gastos terapéuticos, reposición de vestimenta y traslados, considerando ínfima la suma de pesos mil quinientos, y se agravia especialmente del rechazo de los gastos por atención médica especializada, contratación de servicio doméstico y necesidades terapéuticas futuras, entendiéndose que se ha probado tales gastos.

b) Se agravia del monto fijado para indemnizar la incapacidad sobreviniente, poniendo de resalto que no solo debe considerarse el aspecto físico, sino también la incapacidad funcional, y pide que se incremente.

c) Solicita que se le reconozca el daño psicológico en la entidad que merece, y sostiene que \$ 30.000 es poco para el daño moral sufrido.

V:En mi opinión, el recurso de la Fiscalía de Estado debe admitirse, y consecuentemente corresponderá revocar la sentencia rechazando la demanda en razón de que no se ha acreditado el vínculo causal entre la omisión acusada y el hecho generador del daño, y también porque éste -aun pudiendo preverse- ha sido inevitable, insuperable, externo, constituyendo un caso fortuito que libera al sindicado como responsable. a) Conforme a la doctrina legal de la SCBA, la responsabilidad estatal por daños sufridos por un alumno que se hallaba (o debía hallarse) bajo el control de la autoridad educativa se rige por el art. 1117 del Código Civil, Ley 340 (modificado por Ley 24830 de 1997), vigente al momento del hecho (24.05.2001).

Así lo dijo expresamente el Sr. Procurador en su dictamen en la causa C.99.308 “O., E. A. contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios” (17.06.2009), señalando que “se trata de un caso de responsabilidad directa y objetiva de los establecimientos educacionales, privados o estatales, por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores de edad cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo que probase el caso fortuito”, y lo puso de relieve el voto de la Dra. Kogan que encabezó la decisión unánime del tribunal (punto V).

Para aplicar la norma, es preciso que el daño se haya producido, causado o sufrido por el alumno, mientras éste se encontraba bajo el control de la autoridad educativa y dentro de este concepto quedan comprendidos no solo todos los supuestos en los cuales el alumno se halle bajo esa efectiva vigilancia, sino también aquellos en los cuales esa vigilancia debida era inexistente, o menguada al punto de no resultar efectiva (CNCivil Sala M 7/11/05 P, G S y otro c. Orden de Frailes menores capuchinos” publicado en JA 2006-IV fascículo 3 página 79; LLGran Cuyo 2009 (junio), 499 L. L.Gran Cuyo 2009 (mayo), 381; Cámara 5a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza , L. L. Online; Cámara de Resistencia L. L. Litoral 2009 (julio), 658; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Garantías en lo Penal de Zárate-Campana: LLBA 2009 (marzo), 210; C. Nac. Civ., sala C 04/06/2008B., L. H. y otros v. Institución Salesiana León XIII SJA 6/5/2009; SCBA LLBA 2009 (octubre), 985; Kemelmajer de Carlucci, Aida “La responsabilidad de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997 en L. L. 1999 – B- 1047; en igual sentido Zavala de González, Matilde “Resarcimiento de daños” tº 4 p. 691; art. 1767 del CCyC).

b) Sea que la aplicación de una norma o de un principio del Código Civil se haga en forma directa, o como sostienen otros autores, su utilización supletoria, subsidiaria o aplicación por analogía a la responsabilidad del estado, no es tal la diferencia de régimen requerida por el apelante, en la medida en que la relación causal sigue suponiendo “un juicio de valoración fáctica axiológicamente neutro”, “siempre indispensable”, pues “. el actor debe probar que esa falta en el servicio ha existido?y

que el daño que deriva de ella está emplazado dentro del plexo de imputación de consecuencias que establece la normativa vigente. O lo que es igual, debe acreditar la relación causal que también allí constituye un presupuesto de la responsabilidad estatal” (Pizarro, Ramón Daniel “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, Astrea, Bs.As. 2013, vol. 1 p. 268 y ss.).

c) En la descripción de los hechos que hizo la actora en su demanda (fs. 4 vta), como así también en la ampliación (fs. 75 vta.) se dice que cuando los alumnos jugaban al fútbol sin vigilancia del profesor, “desafortunadamente B. C. gira y cae sobre su pierna produciéndosele un fractura de tibia y peroné desplazada” o “B.se cae y se lesiona”, sin mencionarse ningún otro hecho que pudiera haber sido causa de la lesión sufrida.

El relato es absolutamente compatible con el que refieren los peritos médico (fs. 299) y psicóloga (fs. 276 vta.), y con el contenido del instrumento de fs. 37 que aun careciendo de firma, ha sido agregado por la actora como “Constancia seguro escolar” (fs. 85 vta. punto 2 “Documental”; art. 1029 CC).

En consecuencia puede tenerse por acreditado que la lesión que ocasionó el daño reclamado no fue producto de que el menor hubiera golpeado o chocado con otra persona en la práctica de fútbol, o que hubiera habido alguna clase de contacto con elementos propios de la práctica, ni que a raíz de la ausencia del profesor de educación física se hubiera generado un contexto de desorden, descontrol o falta de respeto a las reglas de juego, y que ello causara el daño. Nada de eso , simplemente el alumno saltó, cayó sobre su pierna y sufrió una fractura.

No se advierte entonces, cuál es el vínculo causal entre la omisión de vigilancia por parte del docente de educación física, y el salto y caída del alumno que le provocaron la doble fractura.

Tampoco lo ha indicado o probado la parte actora, y no se ha acreditado que la ausencia del profesor haya incidido en la atención médica, o se hubiera erigido en factor causal del daño sufrido.

Corresponde preguntarse entonces ¿la ausencia del profesor cuando los alumnos jugaban al fútbol era per se apta o adecuada provocar normalmente esa consecuencia? La respuesta me parece claramente negativa, y es más: a riesgo de confundir la prognosis póstuma propia de la causalidad adecuada (Goldenberg, Isidoro “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, Astrea, Bs.As.1989,33) con la supresión mental hipotética, es de toda lógica considerar que la presencia del docente no hubiera evitado el salto, la caída y la consecuente lesión.

La lesión se produjo por esos actos voluntarios (el salto y la caída) aptos por si mismos para lesionar al que los practica, aun cuando se tratase de un menor de por entonces 13 años que jugaba con tanta frecuencia que estaba a punto de ir a probarse al fútbol profesional en Buenos Aires (del relato que hace la Perito Psicóloga a fs.277 vta.). No

encuentro influencia causal alguna de la ausencia del docente en el acto de saltar y caer jugando al fútbol en la escuela.

¿Acaso se está postulando que el profesor debió haberle impedido o prohibido saltar?

De no propugnarse el fútbol sin saltos, corridas, ni caídas, debe recordarse que conforme ha dicho la SCBA, “En todo partido de fútbol los jugadores se exponen a los riesgos propios de esa práctica deportiva que muchas veces derivan en lesiones. Cuando tales lesiones provienen del riesgo normal que imponen las reglas del juego, ellas quedan cubiertas por la “licitud” del mismo (del voto de la Dra. Kogan que hizo mayoría en “Gil, Exequiel Osvaldo y Otro c. Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro” RCyS 2010-X,156; AR/JUR/30.409/2010; en igual sentido SCBA “Roselli, Luis A. c. Club Gimnasia y Esgrima de La Plata, 09/04/1991 DT 1992-A,576).

La falla en la conexión causal resulta suficiente para rechazar la demanda, pues “en todos los casos, absolutamente en todos, para que aquél (el Estado) pueda ver comprometida su responsabilidad patrimonial en tal supuesto, habrá que alegar y demostrar el vínculo causal adecuado entre esa falta de servicio y el perjuicio.” (Pizarro, Ramón Daniel “La responsabilidad del estado.” ob. cit. p. 272; la negrilla es propia), y en autos no ha sido probada.

d) A diferencia de lo afirmado en la sentencia apelada (fs. 393 vta. 2do.párrafo), en el sentido de que el Estado demandado se habría limitado a negar formalmente la responsabilidad sin alegar en su descargo eximente alguna con aptitud para desviar el nexo causal, o que “no ha alegado -menos aún probado-. la existencia del casus -caso fortuito”, tengo para mí que la lectura detenida de la defensa ejercida a fs. 183 vta. y 184 muestra lo contrario, pues expresamente el representante de la Provincia demandada atribuye la causa del daño a un caso fortuito.

Pese a lo transcrito más arriba, el Sr. Juez trató igualmente la cuestión al descartar el supuesto como hecho extraordinario e imprevisible, irresistible e inevitable, diciendo que la lesión consecuenta a la interacción de los menores en el horario de clases implicó un riesgo típico de esa clase de actividad que no puede ser calificado de ajeno o extraño (fs. 393 vta. 3er. párrafo).

e) La calificación del hecho descripto como “caso fortuito” se funda en su condición de suceso “imprevisible, inevitable, irresistible, actual y ajeno o extraño.

Por lo pronto corresponde recordar con Jorge Galdós (“Daños causados y sufridos por alumnos menores de edad durante la actividad educativa” en L. L. 2016-E, 727; AR/DOC/2367/2016) que la jurisprudencia en general considera que no constituyen caso fortuito -por resultar contingencias normales y naturales de la actividad educativa- las caídas o los golpes que los estudiantes sufren como consecuencia de juegos,

corridas, empujones, a las contingencias acaecidas durante el normal desarrollo de las actividades recreativas o deportivas.

Para el destacado autor, el hecho debe ser extraño a la actividad escolar, o a lo que normalmente sucede en el desarrollo de la actividad educativa, y para analizar la previsibilidad y ajenidad del caso fortuito debe tenerse presente que la confianza especial (art. 1725 del CCyC) depositada en el establecimiento educativo, exige que el análisis sea más riguroso, tratándose de un tema que ha generado criterios encontrados (SCBA 03.04.2008 “I., P. J. y otro c. Dirección general de escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires” LLBA 2008(mayo), 371; AR/JUR/664/2008).

Si bien es cierto que ni el hecho de la víctima ni el del tercero exonerarían al titular del establecimiento, cabe recordar que la CSJN tiene entendido que siempre que esas eximentes reúnan los caracteres del caso fortuito también liberan al legitimado pasivo (conforme Sagarna, Fernando Alfredo “Responsabilidad del establecimiento educativo privado. Daños causados en la clase de educación física” en LLC 2002,704; AR/DOC/16379/2001) habiendo reseñado este mismo autor (“Responsabilidad civil del establecimiento educativo para alumnos con capacidades distintas. La eximente caso fortuito” en L. L. 2010-E,15; AR/DOC/5680/2010) al repasar la jurisprudencia sobre el caso fortuito previsto como eximente en el art. 1117 (Ley 24830) que “. la propietaria del establecimiento educativo debe responder por un práctica indicada por la profesora de educación física a un menor que al caerse mientras saltaba le produjo daños?”. En igual sentido puede leerse la opinión de Pizarro (“La responsabilidad del propietario de establecimientos educativos en un acertado fallo” L. L. C2010 (Mayo), 390; AR/DOC/3145/2010).

Empero, resultaría una generalización inadecuada presentar la opinión de la doctrina sin hacer salvedades puntuales, pues lo cierto es que se exceptúan los casos en que el daño se ocasionó por “un hecho súbito repentino e imprevisible que había impedido la intervención eficaz y preventiva de los profesores a cargo” (Galdós p.7 nota 68), pues “¿la expresión caso fortuito, aún respecto de los daños sufridos por los alumnos, debe ser entendida en sentido amplio, comprensiva de todo hecho que se presente como imprevisible e inevitable, caracteres que puede, excepcionalmente, tener la conducta de la propia víctima; para la determinación de tales recaudos hay que atender a las circunstancias del caso, y especialmente, a la edad del menor” (Kemelmajer de Carlucci, Aída “La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en la Argentina después de la reforma de 1997” L. L. 1998-B,1047, AR/DOC17381/2001).

También se ha criticado fundadamente la interpretación que excluye las actividades como la que cumplía B. C., sosteniendo que “debió receptarse la liberación por daños sufridos por los alumnos en actividades educativas o recreativas normales e intrínsecamente inocuas, aunque en abstracto ofrezcan siempre alguna contingencia de daños (como lo ofrece casi cualquier actividad humana)” (Zavala de González, Matilde “Resarcimiento de daños”, Hammurabi, Bs.As. 1999 vol. 4 p. 701), porque “es posible y

por lo tanto previsible que en cualquier momento una persona que camina, sufra una torcedura de tobillo o tropiece, pierda el equilibrio y caiga”, y una razonable interpretación considera que esos sucesos como debidos a la fatalidad, y por ende, constitutivos del caso fortuito” (Zavala de González, ob. cit. p. 701) Las posturas que la jurista cordobesa criticaba “garantizan el riesgo de la niñez o de la juventud por el solo hecho de estar en la escuela”.”conteniendo un sistema de seguridad social disfrazado de responsabilidad”, pues “de haberse realizados esos hechos bajo el control de la autoridad paterna o de cualquier otro guardador, a nadie se le ocurriría buscar a un posible responsable” (autor y ob. cit. p.701).

Es que “el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible” dice Perrino, porque “para que nazca el deber de responder, es preciso que la administración haya podido evitar la producción del daño” (“La responsabilidad del estado por omisión en el ejercicio de sus funciones de vigilancia” LL 2011-E,715; AR/DOC/18/2011). Dicho de otro modo, y parafraseando a Prevot, no puede hacerse responsable al titular del establecimiento educativo por que el docente no estaba presente para “evitar lo inevitable” en una práctica deportiva (“Responsabilidad del árbitro de rugby por no prever lo imprevisible” en L. L. 2013-A,266; AR/DOC/192/2013).

f) Como se ve, “la consecuencia lesiva supera la previsibilidad media, y resultó inevitable constituyendo un supuesto típico de caso fortuito (del voto de la Dra. Kogan en minoría con los Dres. Genoud y Pettigiani en “I. P, J y Otro c. Dirección general de Escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires” LLBA 2008(mayo), 371; AR/JUR/664/2008; se trataba de un alumno embestido por un compañero en el recreo).

Aunque se juzgara previsible, lo importante es que sea inevitable. “La inevitabilidad es la característica principal: el suceso debe ser irresistible o insuperable, o sea, constituir un obstáculo invencible, que no es posible impedir a través de esfuerzos normales y razonables. En general, los hechos son inevitables cuando son extraordinarios, por lo tanto inesperados”, dice Zavala de González (ob. cit. p. 303). Esas características deben ser juzgadas al momento de producirse el hecho dañoso, agrega Pizarro (“Responsabilidad del estado.” ob. cit. p. 494 nota 34).

Los mismos autores aclaran que el requisito de “extraneidad”, cuya ausencia fundó el rechazo de la defensa en la sentencia apelada (v. fs. 393 vta. ), “implica que solo hay estrictamente caso fortuito cuando el demandado no ha colocado ningún antecedente idóneo (por acción o por omisión) que haga posible el suceso lesivo sobreviniente” (Zavala de González p. 304, Pizarro p. 494), mientras que Goldenberg (ob. cit. p.190) requiere que sea ajeno a la actividad, a las cosas propias del deudor, no pudiendo recurrirse a la causa desconocida del daño, pues en tal caso el dueño no puede demostrar la existencia de un factor externo (p. 192).

Gianfelici (“Caso Fortuito y caso de fuerza mayor” Abeledo-Perrot, Bs.As. 1995 p. 85) explica que la imprevisibilidad o inevitabilidad deben predicarse del hecho-

consecuencia, y las consecuencias solo son inevitables con relación a un conjunto de medidas de precaución. En el caso, no encuentro cuales hubieran sido las medidas que podrían haber evitado el daño, como no sea suspender la actividad física que resulta obligatoria en el currículo de las escuelas, y la causa es conocida, notoria, habiendo quedado probado el origen de la lesión en un acto que no era controlable por el docente.

VI: Si mi voto es compartido, habrán caído en abstracto los restantes agravios y quedarán desplazados los recursos de la actora y de la citada en garantía.

Por las razones y citas legales expuestas voto por la NEGATIVA.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

Corresponde hacer lugar al recurso de la demandada y revocar la sentencia disponiendo el rechazo de la demanda. Los recursos de la actora y de la citada en garantía, han caído en abstracto teniendo en cuenta el resultado del recurso tratado.

Propongo que tratándose de una cuestión que presenta soluciones contradictorias en doctrina y jurisprudencia, la totalidad de las costas se impongan en el orden causado (arts. 68 2do. párrafo y 274 del CPC, Loutayf Ranea, Roberto G., “Condena en costas en el proceso civil”, Astrea, Bs.As. 2000, p. 85) ASÍ LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

## SENTENCIA

Con fundamento en el acuerdo precedente se dicta la siguiente sentencia:

I) Se hacer lugar al recurso de la demandada y se revoca la sentencia disponiendo el rechazo de la demanda.

II) Los recursos de la actora y de la citada en garantía, se declaran caídos en abstracto.

III) La totalidad de las costas se imponen en el orden causado (art. 68 2do. párrafo y 274 del CPC) y se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la Ley 14967. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPC). Devuélvase.

Roberto J. Loustaunau

Ricardo D. Monterisi.