NEUQUEN, 1 de Diciembre del año 2015.
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados: “GOMEZ ESTEBAN RAUL C/ CONSEJO PROVINCIAL
DE EDUCACION Y OTROS S/ D. Y. P. RES. CONTRACTUAL PARTICULARES”, (Expte. Nº
370001/2008), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 1 - NEUQUEN a esta Sala II
integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la
presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de
votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:
I.- La actora, la codemandada Consejo Provincial de Educación y la citada en
garantía interponen recursos de apelación contra la sentencia de fs. 674/691
vta., que rechaza la demanda respecto de los demandados Arévalo y Rivas, con
costas al vencido; y hace lugar a la demanda respecto del Consejo Provincial de
Educación y la citada en garantía, con costas a cargo de éstos.
A) La parte actora se agravia en cuanto la sentencia de grado libera de
responsabilidad a los padres del menor agresor y les impone las costas al actor.
Sostiene que el rechazo de la demanda respecto de los padres del joven agresor
se basa en la norma del art. 1.115 del Código Civil, pero esta defensa,
sostiene el recurrente, nunca fue articulada por los accionados, por lo que
entiende que la sentencia debió responsabilizarlos. Denuncia la violación del
principio de congruencia.
A todo evento sostiene que nunca se le pueden imponer las costas procesales,
por acoger una defensa no esgrimida por los padres del agresor.
Se queja también por lo que califica como drástica disminución de los daños a
reparar.
Afirma que la jueza de grado ha rechazado erróneamente la indemnización por
lucro cesante y pérdida de chance y por daño a la persona e incapacidad
sobreviniente.
Dice que el fallo recurrido no considera que el hecho que el menor no
trabajara, no impide el otorgamiento de una indemnización por los rubros
reclamados, pues la merma en la capacidad incide no sólo en la faz laboral o
productiva, sino también en la social, cultural, deportiva y, aún en la
individual. Agrega que la integridad física tiene en si mismo un valor
indemnizable, y su lesión afecta no sólo la esfera económica, sino también la
doméstica, la cultural y la social, con la consiguiente frustración del
desarrollo pleno de la vida.
Sigue diciendo que la jueza de primera instancia no considera las múltiples
lesiones sufridas por Esteban Gómez, como así que el daño físico surge de la
prueba: historia clínica del menor, informativa del hospital, historia clínica
odontológica. Afirma que la sentencia apelada tampoco considera los
certificados médicos y la pericial odontológica, en la cual el experto detalla
las lesiones en las piezas dentarias 42, 41, 31 y 32 como así la disminución
ósea del maxilar en el sector de las piezas 42, 41 y 31, y la cicatriz en el
mentón del actor.
Señala que tampoco se ha tenido en cuenta que en el informe pericial referido,
el perito manifiesta que el actor requiere tratamiento de ortodoncia para la
alineación de las piezas desviadas y evaluación posterior de una cirugía
gingival, que permita extender el borde gingival de la encía de las piezas 42,
41 y 31, para fin estético. Entiende que de ello surge una clara incapacidad
que la sentencia de primera instancia no advierte.
Manifiesta que se ha omitido la consideración de la pericia psiquiátrica, la
que detalla que el menor sufrió diferentes cirugías dentarias y que tuvo la
boca sujetada con alambres durante 18 meses, alimentándose con una pajita; que
el joven ha pasado varias etapas de angustia y crisis, que en la escuela
repitió varios años y que inició, pero no continuó, tratamiento psicológico;
que a la época del informe pericial el actor presentaba neurosis fóbica grado
3, relacionada con el hecho ocurrido en el año 2006; asimismo presentaba
trastorno de conducta, irritabilidad, miedo, crisis de angustia, alteraciones
en la atención, en la memoria, en la concentración y en la motivación.
Critica la afirmación de la jueza de grado referida a que el actor no posee
secuelas incapacitantes, sin tener en cuenta que con las lesiones detalladas no
se encuentra en las mejores condiciones, pudiendo esperarse objetivamente una
inferioridad de posibilidades en el futuro.
Considera que no existe justificación para vincular inseparablemente el daño
físico o incapacidad con la relación de trabajo, que ello no se compadece con
la reparación integral.
Manifiesta que la pérdida de chance, como tal, no puede ser descartada por la
circunstancia de mediar una distancia material entre la esperanza y la fecha en
que posiblemente aquella se efectivice, ya que el nudo de la cuestión pasa por
la pérdida de la oportunidad.
Recuerda que la pérdida de chance no es igual al lucro cesante, sino que la
chance es una probabilidad, la que definitivamente se vió afectada porque el
menor no volvió a ser el mismo después de la golpiza sufrida.
Sostiene que se encuentra acreditado en autos que el actor tenía la esperanza
de ingresar como oficial de las Fuerza Armadas y emprender una carrera militar
de grado, como su padre, pero que no lo pudo hacer después de la golpiza
sufrida y lesiones padecidas.
Se queja por el rechazo de la reparación del daño estético, señalando que el
hecho que exista una probable solución para las lesiones no puede ser excusa o
argumento suficiente para rechazar el pedido de indemnización. Agrega que se
alteró la fisonomía del menor, y que las pericias dentales dan cuenta de la
afectación estética, toda vez que las piezas dentarias 42, 41 y 31 no se
encuentran en la línea oclusal, a la vez que se visualizan cicatrices en el
mentón y en el borde del labio inferior.
La parte actora formula agravio por el rechazo del daño moral pretendido por
los padres del actor, en virtud de considerar que carecen de legitimación a tal
fin, entendiendo que la a quo no ha advertido que este reclamo lo hacen por
derecho propio.
Señala que si bien el art. 1.078 del Código Civil limita el daño moral a la
víctima, son numerosos los fallos que admiten la legitimación de los padres
para reclamar daño moral sufrido por sus hijos menores de edad. Cita doctrina.
Finalmente se agravia porque el fallo de grado establece que los rubros gastos
de tratamiento psicológico y médico futuros devengan intereses sólo desde la
fecha del dictado de la sentencia, y no desde que se produjo el daño.
B) La codemandada Consejo Provincial de Educación se agravia en cuanto la
sentencia de primera instancia la considera responsable por el hecho ocurrido.
Dice que ninguno de los testigos que cita la jueza en su resolución han dicho
que las puertas de ingreso y de egreso fueran distintas, y mucho menos que no
exista vigilancia en el momento de la salida de los alumnos. Transcribe parte
de las declaraciones de los testigos citados. Agrega que el testigo presencial –
Asunción- es el único que indica la existencia de dos estacionamientos, uno
pequeño que pertenece al establecimiento educativo, y otro grande y público,
que se encuentra al lado del paredón de la escuela; y que fue en este último
estacionamiento donde ocurre la reyerta.
Afirma que la parte actora no probó que el estacionamiento donde se escondieron
los menores a los fines del enfrentamiento fuera propiedad del Consejo
Provincial de Educación, por lo que mal puede requerir que en dicho lugar
exista personal de vigilancia, ni mucho menos que los docentes extremen su
deber de vigilancia hasta un fundo ajeno a los límites de los espacios
propiedad del establecimiento educativo.
Reitera que el testigo presencial ha declarado que el establecimiento poseía un
estacionamiento pequeño, el que era utilizado por los profesores, que tiene
rejas, y otro grande que es utilizado por la comunidad del barrio, el que no
está cercado y era usado por “cualquier persona del barrio”. Pone de manifiesto
que este testigo también sostuvo que los involucrados en la riña salieron del
establecimiento educativo “para que no los vea ningún directivo”, y eligieron
el estacionamiento que se encontraba fuera de la autoridad disciplinaria para
poder pelear.
Considera que de los dichos de los testigos surge el quebrantamiento del nexo
causal, toda vez que ambos jóvenes, mayores a los 10 años de edad, pergeñaron
el ardid con la finalidad de ocultarse de la vigilancia docente.
Califica lo sucedido como hecho fortuito, toda vez que se trata de un hecho
imprevisible, inevitable y extraordinario, consistente en que dos adolescentes
planeen esconderse de la vigilancia del personal del establecimiento educativo,
con el objeto de producir una contienda consensuada por ambos partícipes, en un
espacio público, que se encuentra fuera de los límites del establecimiento
educativo y fuera del alcance de su poder disciplinario, y, como consecuencia
de ello, se producen los daños que aquí se reclaman.
Destaca la edad de los alumnos -14 y 18 años de edad-.
Cita jurisprudencia y doctrina.
Insiste en que la demandada ha extremado las medidas de seguridad, en el predio
en el que le corresponde hacerlo, pero no puede asumir esta vigilancia en todos
los espacios públicos, lo que está a cargo de la Policía de la Provincia.
Hace reserva del caso federal.
C) La citada en garantía se agravia por el rechazo de la defensa opuesta por su
parte y consecuente extensión de la responsabilidad para con ella.
Dice que la misma sentencia de grado afirma que la pelea entre los alumnos se
produjo fuera del establecimiento, pero para fundar la extensión de
responsabilidad hacia la aseguradora, la a quo sostiene que el hecho ocurrió
cuando el menor debía haber estado bajo custodia o vigilancia de las
autoridades. Agrega que la póliza contratada, cuya autenticidad y validez no
fue cuestionada, expresa claramente que sólo cubre los daños que se produzcan
dentro del establecimiento educativo, circunstancia que no se cumple en la
especie.
Considera que los argumentos de la jueza de primera instancia referidos a que
la pelea se gestó dentro del horario de clases, durante un recreo y que ocurrió
en un lugar aledaño al establecimiento educativo no hacen más que socializar el
riesgo, subsumiendo todos los daños ocurridos a alumnos en horario escolar o
fuera del mismo, sea dentro o fuera del establecimiento educativo, en el art.
1.117, por el solo hecho de haberse gestado en horario escolar.
Señala que tanto la franquicia del contrato de seguro, como los términos y el
límite de cobertura pactado entre el tomador y la aseguradora resultan
oponibles al tercero damnificado, ya que es el ejercicio razonable de una
limitación del riesgo de la actividad.
D) La actora contesta el traslado del memorial de agravios del Consejo
Provincial de Educación a fs. 752/755 vta.
Sostiene que los agravios expresados no reúnen los recaudos del art. 265 del
CPCyC.
Dice que para ingresar al CPEM n° 26 se deben atravesar dos portones, ambos del
Consejo Provincial de Educación, y un pasillo largo como de 25 metros, también
del Consejo Provincial de Educación. Sigue diciendo que entre este pasillo se
encuentran los dos estacionamientos, pues hay una escuela primaria primero, y
después el establecimiento de nivel secundario; lugares donde los profesores,
maestros y padres pueden estacionar sus autos. Agrega que ninguno de estos
lugares posee vigilancia.
Transcribe parte de los testimonios rendidos en autos.
Recuerda que la responsabilidad del Consejo es objetiva.
E) A fs. 756/757 vta., la misma parte –demandante- contesta el recurso de la
aseguradora.
También sostiene que los agravios no reúnen los recaudos del art. 265 del CPCyC.
Refiere las características del seguro que debe contratar el Consejo Provincial
de Educación, y pretende la aplicación al sub lite del art. 1.767 del Código
Civil y Comercial.
Reitera que la pelea ocurrió dentro de los límites del establecimiento
educativo.
F) Los demandados y la citada en garantía no contestan los traslados corridos.
II.- En primer lugar, advierto que los memoriales de agravios de la codemandada
y de la citada en garantía reúnen los recaudos del art. 265 del CPCyC, ya que
claramente precisan cuales son los aspectos del fallo de primera instancia con
los cuales no acuerdan y por qué.
Consecuentemente, no resulta procedente la pretensión de la parte actora en
orden a que se declaren desiertos los recursos de sus contrarias.
III.- Ingresando al tratamiento de los recursos planteados en autos, he de
comenzar el análisis por aquél que cuestiona la responsabilidad del Consejo
Provincial de Educación.
En atención a los términos de la apelación de la codemandada Consejo Provincial
de Educación es necesario determinar donde sucedió el hecho dañoso (dentro o
fuera del establecimiento escolar) y hasta donde se extiende, en su caso, la
responsabilidad del titular del centro educativo.
La jueza de grado, en su resolutorio, ha concluido en que la pelea se produjo
fuera de la escuela, en oportunidad de la salida de los alumnos. Tal conclusión
es correcta.
En efecto, la testimonial válida a fin de determinar el lugar de la pelea es la
de Lucas Asunción (acta de fs. 450/451), único de los testigos de autos que
presenció el hecho.
Dicho testigo señala que “dentro de la escuela nunca pasó nada. Los que se
pelearon ellos fue fuera de la escuela… ellos nos vinieron a increpar en el
recreo, y bueno se armó una discusión entre las dos partes, entre ellos y
nosotros. Que esto fue en el recreo, adentro de la escuela, fue una discusión
que no pasó a mayores, estaban las preceptoras, todo. Que discutieron entre
ellos, yo discutí con los amigos de Esteban y fue Esteban quién invitó a pelear
a Emanuel fuera de la escuela. Emanuel aceptó, y a la salida de la escuela,
Esteban no quería pelear porque los amigos lo habían dejado solo. Y bueno
discutieron en la puerta de la escuela, y pocos metros después en el
estacionamiento se pusieron a pelear. Que lo se porque yo estaba presente.
Tenés la calle n° 5 que es por la cual se ingresa al colegio, ahí tenés una
entrada, hay un estacionamiento de la escuela, para los profesores. También
sobre calle n° 5 a la entrada, hay un estacionamiento, que ese estacionamiento
es para cualquier tipo de gente, puede estacionar gente del barrio. Que ese
estacionamiento es donde pelearon, pero yo lo mencioné así porque teóricamente
ese estacionamiento no pertenece a la escuela, pero como el estacionamiento del
colegio es muy chico, muchos profesores estacionan ahí. Que ese estacionamiento
no tiene reja no tiene nada, no está cercado, nada….comenzaron a discutir en la
puerta de la escuela, luego salieron para que no los vea ningún directivo y se
dirigieron al estacionamiento de al lado, y ahí pelearon…”.
Del croquis realizado por este testigo a fs. 449 surge también que el lugar de
la pelea se encuentra fuera del establecimiento escolar.
Por su parte, el testigo Cerda (acta de fs. 206/vta.) da cuenta que la
discusión comenzó en la escuela: “…nos íbamos juntos con Esteban en el recreo,
y salimos a caminar los dos. Ibamos bajando la escalera del CPEM 26, donde está
la dirección, adentro de la escuela. Y cuando me doy cuenta Esteban no estaba
más conmigo abajo. No había bajado conmigo. Cuando subo, veo que Esteban estaba
hablando con el chico este, Ema. Que se ve que se habían puesto de acuerdo de
juntarse a la salida a arreglar sus problemas…”.
El art. 1.117 del Código Civil –que rige para el caso de autos- establece que
“Los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán
responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando
se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo que probaren el caso
fortuito…”.
En lo que aquí interesa, para que el titular del establecimiento educativo, en
este caso el Consejo Provincial de Educación, deba responder por el daño
sufrido por un alumno menor de edad, este daño tiene que haberse producido
cuando el alumno se encontraba o debía encontrarse bajo el control de la
autoridad educativa. Este último extremo, introducido por doctrina y
jurisprudencia, ha tenido expresa consagración en el Código Civil y Comercial
(art. 1.767).
Tal requisito importa poner límites temporales y espaciales a la ocurrencia del
daño, a efectos de imputarle responsabilidad al titular del establecimiento
educativo.
Félix A. Trigo Represas y Marcelo López Mesa precisan que el legislador ha
acotado el ámbito de aplicación del art. 1.117 del Código Civil a dos
coordenadas: a) un espacio: la escuela, el colegio, el jardín de infantes,
etc., y las actividades extraescolares organizadas por el establecimiento
educativo; y b) un tiempo: el que los alumnos permanecen en el establecimiento
o en salidas organizadas por él y el tiempo posterior razonable para que sean
retirados por sus padres o un mayor (cfr. aut. cit., “Tratado de la
Responsabilidad Civil”, Ed. La Ley, 2004, T. III, pág. 267).
Conforme lo adelanté también se ha hecho responsable al titular del
establecimiento educativo en aquellos supuestos en que el daño ocurre fuera de
la coordenada espacio, pero dentro del tiempo en que el menor debía estar bajo
la custodia de la autoridad educativa, como es el caso, por ejemplo, de aquel
alumno que habiendo ingresado al establecimiento, luego y dentro del horario
escolar, se escapa del colegio y sufre un daño, ya que ello revela la
ineficacia del control y de la vigilancia del personal de la escuela.
En autos, el daño se produce a la salida del colegio, cuando había concluido el
horario lectivo y en un espacio físico ubicado fuera del establecimiento
educativo, por lo que, y de acuerdo con los parámetros señalados, el titular
del establecimiento no puede ser responsabilizado en los términos del art.
1.117 del Código Civil.
Las circunstancias del hecho dañoso, como ya lo señalé, se encuentran
reconocidas por la a quo, quién no obstante ello endilga responsabilidad al
Consejo Provincial de Educación entendiendo que los motivos que derivaron en la
pelea callejera se gestaron en el interior del colegio y, agrego, en horario
escolar.
¿Es correcta esta conclusión?
En la jurisprudencia nacional se ha condenado al titular del establecimiento
educativo por los daños sufridos por un alumno a la salida del establecimiento,
y atribuyendo solamente un 50% de responsabilidad. Se trata de la causa “C., J.
del C. c/ Vázquez y otros”, sentenciada por la Cámara Nacional de Apelaciones
en lo Civil (Sala H, 18/12/2007, LL 2008-C, pág. 30, con primer voto del Dr.
Kiper). En este precedente, un niño de 11 años que concurría a una escuela
primaria, en el horario de salida del colegio (12,15 horas), cruza la calle y
es atropellado por un automotor. El magistrado preopinante entiende que debe
responsabilizarse al establecimiento educativo “toda vez que si bien dicho
accidente ocurrió fuera del ámbito del establecimiento escolar, no había
transcurrido un considerable lapso de tiempo desde el horario de salida, y ello
obligaba a la demandada a ejercer la guarda efectiva sobre los alumnos, siendo
razonable exigirle que la preste durante ese período"
Claro que, como se señala en el mismo fallo, se ha considerado para arribar a
la solución propiciada, la edad de la víctima, el hecho que los maestros
acompañaban a los alumnos hasta la puerta del establecimiento, dejando que
salieran sin control, no existiendo vallas en la vereda de la escuela, ni se
formaban cordones para el cruce de la calzada.
Tal criterio ha sido compartido por parte de la doctrina, pero descalificado
por otros autores. Ramón Daniel Pizarro reseña estas posturas, señalando que
“una calificada doctrina se inclina decididamente por la respuesta afirmativa,
por entender que el deber de vigilancia del establecimiento educativo subsiste
y se mantiene después del egreso de los menores, cuando el hecho se produce en
sus inmediaciones, o a la hora de salida… De acuerdo con otro criterio, no
correspondería, en principio, responsabilizar al propietario del
establecimiento, pues no siempre el colegio tiene la posibilidad de
compatibilizar el corte de tránsito con la autoridad pública competente…
Nosotros creemos con Zavala de González que en el supuesto que nos ocupa la
responsabilidad únicamente puede tener un fundamento subjetivo, tal lo que
sucedería si el colegio está emplazado frente a una calle transitada, y no se
han colocado rejas o vallas que impidan el cruce fuera de las sendas
peatonales” (cfr. aut. cit., “Responsabilidad del propietario de
establecimientos educativos” en “Responsabilidad Civil” dirig. por Aída
Kemelmajer de Carlucci, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007, pág. 325/326).
Es preciso señalar, a efectos de poner de manifiesto la complejidad de la
cuestión, que la opinión contraria a la existencia de responsabilidad del
establecimiento educativo a que refiere Ramón Pizarro, es de Aída Kemelmajer de
Carlucci.
Fernando Alfredo Sagarna sostiene que las zonas témporo-espaciales de la
responsabilidad del titular del establecimiento educativo son demarcadas por
cada situación fáctica, habiéndose corrido por algunas pocas sentencias los
límites espaciales de la escuela –con cita del fallo de la CNAC al que me he
referido- (cfr. aut. cit., “Responsabilidad civil de los establecimientos
educativos en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV, pág. 255).
En autos la pelea que origina el daño, como ya se dijo, se produce fuera del
establecimiento escolar.
Teniendo en cuenta la edad del actor al momento del hecho dañoso (14 años), que
ya había terminado el horario escolar y que, de acuerdo al croquis de fs. 449,
el lugar donde se concretó la pelea, si bien se ubica en la misma vereda del
establecimiento aparece semi oculto en atención a los paredones que lo rodean,
entiendo que no existía, en ese momento y lugar, obligación de control y
vigilancia por parte del personal del centro educativo, por lo que no puede
pregonarse la responsabilidad de su titular, ni siquiera a título de culpa.
Tampoco encuentro que dicha responsabilidad aparezca porque la pelea se gestó
en el interior del establecimiento.
Es cierto que los alumnos se pusieron de acuerdo dentro del establecimiento
para juntarse a pelear afuera, pero no comparto el criterio de la a quo en
orden a derivar la responsabilidad del titular del establecimiento educativo de
este hecho. El acuerdo entre los alumnos involucrados en la pelea se concretó
en el recreo, el testigo Asunción alude a que existió, en ese momento, una
discusión, en tanto que el testigo Cerda señala que vio al actor conversando
con quién después sería su contendiente.
En base a estos elementos no puedo afirmar que las autoridades del colegio
pudieran conocer efectivamente el acaecimiento del incidente y su gravedad, de
modo tal de poder exigirles que se adoptaran recaudos a efectos de evitar la
pelea una vez concluido el horario escolar. Es cierto que el testigo Asunción
relata que en el recreo estaban presentes los preceptores, pero ello no importa
que hubieran escuchado la conversación, ni tampoco se conoce si esta
conversación o discusión entre los futuros adversarios tuvo ribetes
excepcionales, que permitiera ser advertida como un hecho ajeno a la algarabía
común a los recreos escolares.
En mérito a lo hasta aquí dicho es que he de propiciar el rechazo de la demanda
respecto del Consejo Provincial de Educación.
IV.- Lo decidido en el apartado anterior importa que se deje sin efecto la
extensión de responsabilidad respecto de la aseguradora citada en garantía, por
lo que me encuentro eximida de analizar los agravios formulados por aquella.
V.- Corresponde analizar ahora la queja de la parte actora referida a la
responsabilidad de los padres del alumno dañador.
La jueza de grado ha rechazado la demanda respecto de los padres del joven
Arévalo por considerar configurada la causal del art. 1.115 del Código Civil,
conclusión lógica si se tiene en cuenta que en la instancia de grado se
responsabilizó al titular del establecimiento educativo.
Pero, habiendo propiciado la revocación de la sentencia recurrida en este
aspecto, precisamente por haber ocurrido la pelea fuera del ámbito escolar, ya
no se sostiene la eximente de responsabilidad señalada por la a quo.
El art. 1.114 del Código Civil dispone que los padres son solidariamente
responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos.
Tal como lo puso de manifiesto el fallo de primera instancia, tanto el vínculo
parental como la menor edad del hijo y su cohabitación con los demandados no
han sido hechos controvertidos por la parte accionada, por lo que se consideran
reconocidos por ésta.
La norma referida consagra una presunción iuris tantum de responsabilidad
subjetiva de los progenitores, quienes sólo pueden eximirse de su
responsabilidad demostrando que, a pesar de su vigilancia activa, les ha sido
imposible impedir el daño, prueba ésta que se encuentra a su cargo.
En autos no se ha invocado esta eximente, ni menos aún se ha acreditado, por lo
que cabe condenar a los padres del alumno dañador por los daños ocasionados por
éste.
Ahora bien, la presunción consagrada por el art. 1.114 del Código Civil no
impide analizar cuál ha sido la incidencia de la conducta del hijo de la parte
demandada en la producción del daño, ya que, como en todo supuesto de daños,
debe existir relación causal adecuada (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge –
Piedecasas, Miguel A., “Código Civil comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, T.
“Responsabilidad Civil”, pág. 352), en tanto que los accionados atribuyen la
responsabilidad en la producción de la riña a la víctima.
El daño se ha producido como consecuencia de una pelea habida entre la víctima
y el hijo de los demandados Arévalo – Rivas.
De los testimonios aportados a la causa no surge claramente como se originó la
pelea, quién la propició y como se inició y desarrolló. Si son contestes los
testigos en que existían diferencias entre los menores Gómez y Arévalo, y que
ello motivó que acordaran zanjar la cuestión mediante una pelea a la salida del
establecimiento educativo.
Dado este déficit probatorio, y teniendo en cuenta que aparece acreditado que
la pelea fue concertada de común acuerdo entre ambos participantes, es que he
de atribuir un 50% de responsabilidad en la producción del hecho dañoso a cada
uno de los contendientes. Consecuentemente los padres demandados han de
responder por el 50% de los daños ocasionados al hijo de los actores.
Dado el resultado de la apelación de la parte actora en la cuestión aquí
tratada, deviene abstracta su queja referida a la imposición de las costas
procesales.
VI.- Sentado lo anterior, he de abordar las quejas de la parte actora referidas
a la indemnización de los daños y perjuicios.
La sentencia de primera instancia ha rechazado la reparación del daño a la
persona, de la pérdida de chance y del lucro cesante con fundamento en la
inexistencia de incapacidad física derivada de las lesiones sufridas por el
hijo de los actores. Y tal conclusión se encuentra corroborada por la pericia
odontológica de autos, que no mereciera observaciones de las partes, la que da
cuenta que, al momento del examen, el joven no presentaba secuelas deformantes
ni inhabilitantes para la salud y función de la cavidad bucal, por haber
recibido el tratamiento correcto.
Tal como lo pone de manifiesto la a quo, la lesión física es resarcible cuando
deja secuelas irreversibles, lo que no sucede en autos. La víctima de autos no
presenta secuelas de la lesión sufrida que importen una disminución de su
capacidad de ganancia o que afecte su vida diaria y de relación.
Las quejas de la parte actora refieren al período de convalecencia, el cual
indudablemente ha sido largo y penoso, pero la cura fue sin secuelas
incapacitantes, por lo que los padecimientos sufridos por el hijo de los
demandantes en ese lapso quedan comprendidos en la indemnización por daño moral.
Tampoco la parte rebate la afirmación de la a quo referida a que no se ha
acreditado cuál es la ganancia que la víctima dejó de percibir con motivo de
las lesiones sufridas, teniendo en cuenta que a esa época era menor de edad y
alumno del colegio secundario.
En cuanto a la pérdida de chance, su reparación procede cuando se ha frustrado
una posibilidad cierta de ganancia. Esta Sala II tiene dicho que “En lo que
respecta a la pérdida de chance debe partirse de que, en general, toda lesión
incapacitante produce una pérdida de chance toda vez que aquella disminuye la
capacidad para el trabajo y ello equivale a frustración de ganancias futuras.
Por lo que, en principio, la pérdida de chance queda comprendida dentro de la
reparación por la incapacidad sobreviniente.
“Sin embargo cuando se acredita que existe una posibilidad cierta, y no
meramente posible, de un perjuicio que se proyecta hacia el futuro, tal
perjuicio debe ser reparado (cfr. Cám. Apel. Trelew, Sala 1°, 24/3/1995, “Solís
c/ Gabalchis”, Lexis n° 15/4253; Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala 2°,
4/3/2008, “Dias c/ Estado Nacional”, Lexis n° 7/20379; Cám. Nac. Comercial,
Sala D, 19/4/2001, “Cala c/ Transporte Unión Misionera”, Lexis n° 11/32916). En
igual sentido se ha expedido esta Sala II, en anterior composición, precisando
que, en principio, la pérdida de chance no se remedia por separado de la
incapacidad, pero, cuando la posibilidad de obtener la ganancia o evitar la
pérdida es bastante fundada, o sea, cuando más que posibilidad es una
probabilidad cierta, la frustración de ella debe ser indemnizada (cfr. autos
“Domínguez c/ Navarro”, P.S. 2004-IV, n° 175)” –P.S. 2011-III, n° 100, autos
“Levi c/ Autoaccesorios Neuquén”-.
En el sub lite, la parte alude a la frustración de ingreso a la carrera
militar, pero tal circunstancia no se encuentra acreditada. No sólo no se ha
probado que se haya rechazado la postulación de la víctima a tal fin, sino que
tampoco que aquella circunstancia, de haberse configurado, sea consecuencia de
las lesiones padecidas en la pelea.
La sentencia de grado se confirma, entonces, en lo que refiere al rechazo de la
indemnización por daño a la persona, lucro cesante y pérdida de chance.
VI.- En torno al daño estético, esta Sala II reiteradamente viene sosteniendo
que, más allá del reconocimiento de los llamados nuevos daños, en nuestro
derecho positivo estos daños deben ser encuadrados en las únicas dos categorías
reconocidas por el derecho civil (patrimonial o extrapatrimonial). O el daño
produce una disminución patrimonial para el sujeto y, en este caso, es daño
material, o incide en su esfera espiritual, y se repara como daño moral.
Categorías que se han mantenido en el Código Civil y Comercial (art. 1.737 y
siguientes).
De las constancias de la causa, y ello ha sido señalado por la a quo, no surge
que las cicatrices que presenta la víctima sean deformaciones profundas, que le
ocasionen un perjuicio patrimonial, por lo que no corresponde su reparación en
tal concepto.
De igual modo, la incorrecta alineación de las piezas dentarias puede ser
corregida mediante la realización de un tratamiento de ortodoncia, por lo que
tampoco desde este aspecto puede entenderse configurado un daño estético que
amerite su reparación autónoma.
VII.- La queja de los padres de la víctima referida al rechazo de la pretensión
indemnizatoria del daño moral por ellos sufrido deviene desierta desde el
momento que no rebate el fundamento principal de la a quo para decidir como lo
hizo, el que alude a la ausencia del planteo de inconstitucionalidad de la
norma del art. 1.078 del Código Civil, que rige el caso de autos.
VIII.- En cuanto al cómputo de los intereses sobre el importe de condena
asignado a tratamientos médico y psicológico futuros, lo decidido en la
instancia de grado coincide con el criterio adoptado por esta Sala II respecto
a que los intereses sobre gastos futuros se computan a partir del vencimiento
del plazo otorgado para el pago del capital fijado en la sentencia (autos
“Mercado c/ Larrazabal”, expte. n° 350.359/2007, P.S. 2011-III, n° 110).
Si bien la decisión que se recurre no aplica íntegramente tal criterio, ya que
hace devengar los intereses desde la fecha de la sentencia de primera
instancia, en virtud de la regla que prohíbe la reformatio in pejus, la
resolución ha de ser confirmada.
IX.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de
la codemandada Consejo Provincial de Educación, y parcialmente al de la parte
actora, y modificar el resolutorio apelado disponiendo el rechazo de la demanda
respecto del Consejo Provincial de Educación y la aseguradora citada en
garantía, y haciendo lugar a la demanda respecto de los demandados Claudio
Arévalo y Stella Maris Rivas, a la vez que se modifica el capital de condena,
el que se fija en la suma de $ 61.840,00, confirmándolo en lo demás que ha sido
materia de agravios.
En atención al resultado de los recursos de apelación y lo dispuesto por el
art. 279 del CPCyC se dejan sin efecto la imposición de costas y las
regulaciones de honorarios de la sentencia de grado respecto de los abogados de
las partes, determinando que por la actuación en la primera instancia, las
costas por el rechazo de la demanda son a cargo de la parte actora, y las
generadas por el acogimiento de la acción, en el orden causado (arts. 68 y 71,
CPCyC).
Las costas por la actuación ante la Alzada generadas por el Consejo Provincial
de Educación y su aseguradora son a cargo de la parte actora (art. 68, CPCyC),
siendo las restantes en el orden causado (art. 71, CPCyC).
Regulo los honorarios de los letrados de las partes por su actuación en la
primera instancia en el 7% de la base regulatoria (que comprende capital e
intereses, art. 20 de la Ley 1.594) para el Dr. ... –patrocinante de la
demandada Consejo Provincial de Educación-, 3,5% de la base regulatoria para la
Dra. ..., en igual carácter por similar parte, y 2% de la base regulatoria para
la Dra. ..., por su actuación a fs. 383; 3,2% de la base regulatoria para el
Dr. ..., apoderado del Consejo Provincial de Educación, y 6,7% de la base
regulatoria para la Dra. ..., en doble carácter por esta última parte; 22,4% de
la base regulatoria para el Dr. ..., letrado apoderado de la aseguradora citada
en garantía; 11,2% de la base regulatoria para el Dr. ..., patrocinante de los
demandados Arévalo y Rivas; y 11,2% de la base regulatoria para el Dr. ...,
letrado patrocinante de la parte actora, todo de conformidad con los arts. 6,
7, 10 y 11 de la Ley 1.594.
Se confirman los honorarios determinados para los peritos actuantes en autos en
la sentencia de primera instancia, por guardar adecuada proporcionalidad con
los de los abogados de las partes.
Por la actuación en segunda instancia se regulan los honorarios profesionales
en el 7,84% de la base regulatoria para la Dra. ...; 7,84% de la base
regulatoria para el Dr. ... y 6,72% de la base regulatoria para el Dr. ...,
conforme lo prescripto por el art. 15 de la norma arancelaria provincial.
El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:
Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al
mismo.
Por ello, esta SALA II
RESUELVE:
I.- Modificar el resolutorio de fs. 674/691 vta., disponiendo el rechazo de la
demanda respecto del Consejo Provincial de Educación y la aseguradora citada en
garantía, y haciendo lugar a la demanda respecto de los demandados Claudio
Arévalo y Stella Maris Rivas, a la vez que se modifica el capital de condena,
el que se fija en la suma de $ 61.840,00, confirmándolo en lo demás que ha sido
materia de agravios.
II.- Dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios
de la sentencia de grado respecto de los abogados de las partes, en atención al
resultado de los recursos de apelación y lo dispuesto por el art. 279 del
CPCyC, determinando que por la actuación en la primera instancia, las costas
por el rechazo de la demanda son a cargo de la parte actora, y las generadas
por el acogimiento de la acción, en el orden causado (arts. 68 y 71, CPCyC).
III.- Imponer las costas por la actuación ante la Alzada generadas por el
Consejo Provincial de Educación y su aseguradora a cargo de la parte actora
(art. 68, CPCyC), y las restantes en el orden causado (art. 71, CPCyC).
IV.- Regular los honorarios de los letrados de las partes por su actuación en
la primera instancia en el 7% de la base regulatoria (que comprende capital e
intereses, art. 20 de la Ley 1.594) para el Dr. ... –patrocinante de la
demandada Consejo Provincial de Educación-, 3,5% de la base regulatoria para la
Dra. ..., en igual carácter por similar parte, y 2% de la base regulatoria para
la Dra. ..., por su actuación a fs. 383; 3,2% de la base regulatoria para el
Dr. ..., apoderado del Consejo Provincial de Educación, y 6,7% de la base
regulatoria para la Dra. ..., en doble carácter por esta última parte; 22,4% de
la base regulatoria para el Dr. ..., letrado apoderado de la aseguradora citada
en garantía; 11,2% de la base regulatoria para el Dr. ..., patrocinante de los
demandados Arévalo y Rivas; y 11,2% de la base regulatoria para el Dr. ...,
letrado patrocinante de la parte actora, todo de conformidad con los arts. 6,
7, 10 y 11 de la Ley 1.594.
V.- Confirmar los honorarios determinados para los peritos actuantes en autos
en la sentencia de primera instancia, por guardar adecuada proporcionalidad con
los de los abogados de las partes.
VI.- Regular los honorarios profesionales en el 7,84% de la base regulatoria
para la Dra. ...; 7,84% de la base regulatoria para el Dr. ... y 6,72% de la
base regulatoria para el Dr. ..., por la actuación en segunda instancia y
conforme lo prescripto por el art. 15 de la norma arancelaria provincial.
VII.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan
los autos a origen.
Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI
Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA