

SEIBANE SANDRA MARCELA Y OTRO/A C/ DIRECCIÓN GENERAL DE CULTURA Y EDUCACIÓN Y OTRO/A S/ PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA Causa n° 13.901

San Isidro, 7 de marzo de 2019

AUTOS Y VISTOS: Estos autos caratulados: "SEIBANE SANDRA MARCELA Y OTRO/A C/ DIRECCIÓN GENERAL DE CULTURA Y EDUCACIÓN Y OTRO/A S/ PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA" (causa n° 13.901), en trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo n° 2 del Departamento Judicial de San Isidro a mi cargo, Secretaría única, los que se encuentran en estado de dictar sentencia:

RESULTA:

De la demanda

El objeto:

A fs. 129/137 se presenta la Sra. Sandra Marcela Seibane, con el patrocinio letrado del Dr. Luis Pellegrino, haciéndolo por derecho propio y en representación de su hija menor de edad Nahir Ayelén Herrera Seibane, promoviendo demanda por cobro de daños y perjuicios por la suma de PESOS UN MILLON CUATROCIENTOS SETENTA MIL (\$1.470.000,00) o la que en más o en menos resultare de las probanzas a rendirse en autos, con más la revalorización monetaria del capital para el caso de variar la actual coyuntura económica de convertibilidad e intereses desde la fecha del hecho hasta la de su efectivo pago, costos y costas del proceso, contra la DIRECCIÓN GENERAL DE CULTURA Y EDUCACIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES y/o contra quien resulte civilmente responsable por el hecho de marras que luego describe, solicitando asimismo la citación en garantía de PROVINCIA SEGUROS S.A.. Pide también que se la intime a acompañar copia de la denuncia y de toda la documentación que le presentara el asegurado -demandado con relación al siniestro de autos-.

El hecho:

Explica que el día 3 de mayo de 2016, aproximadamente a las 16:00, la menor Nahir Ayelén Herrera Seibane se encontraba en el Polideportivo Gral. San Martín de Tigre, establecimiento que es utilizado para realizar las actividades de educación física de la Escuela de Educación Secundaria N°11 "Juana Azurduy" de Don Torcuato, Tigre, junto a sus compañeros y a su profesora Sandra Sofío.

Refiere que en dicha escuela la menor se hallaba cursando cuarto año de la E.S.B. (escuela secundaria básica).

Indica que en dicha oportunidad la adolescente estaba jugando fútbol, cuando en circunstancias en que se aprestaba a patear la pelota, fue trabada desmesuradamente en su pierna izquierda por una condiscípula, por lo cual, debido a la brusquedad de la acometida, sufrió una grave lesión consistente en un importante esguince de su rodilla izquierda.

Señala que inmediatamente fue trasladada al Sanatorio Las Lomas y que en dicho nosocomio le efectuaron las primeras curaciones, le suministraron varios medicamentos, obtuvieron radiografías, se le realizaron resonancias magnéticas y le prescribieron la utilización de una bota denominada "Walker".

Continúa indicando que con posterioridad, en atención a que no se advirtió mejoría en la evolución del desgarramiento de los ligamentos, el día 30 de mayo de 2016 fue internada en el nosocomio indicado, a efectos de procurar un alivio y un progreso en cuanto a su parcial sanación; para ello, debió someterse a una intervención quirúrgica (artroscopía compleja) mediante la cual se le realizó un autoinjerto y, para asegurar la fijación del injerto al hueso,

se le emplazó un tornillo con arandelas (osteosíntesis femorotibial), de todo lo cual – según alega- da cuenta la radiografía que se adunara a la demanda.

El daño:

Refiere que ulteriormente debió recibir atención kinesiológica, tratamiento que aún persiste, dado que su recuperación plena es prácticamente imposible.

Indica entonces que hoy necesita valerse de muletas para la deambulaci3n, tiene un caminar claudicante y doloroso, renguera pronunciada y permanente, limitaci3n de los movimientos de circunvoluci3n, flexi3n y pronosupinaci3n de la pierna afectada, que est3 imposibilitada de caminar largos trechos, subir escaleras, correr, saltar o permanecer mucho tiempo de pie. Como as3 tampoco puede agacharse o adoptar la posici3n de cuclillas.

Agrega que tambi3n tiene muchas dificultades para conciliar el sue1o, que se despierta sobresaltada por las noches, sufre irritabilidad, todo lo cual le impide conducirse en la vida de la misma manera en que lo hac3a antes del infortunio de autos.

Relata que lo antedicho determin3 una merma en sus posibilidades en todas las 3reas, proyectando sus efectos en toda la vida de relaci3n en tanto la menor coactora no puede deambular libremente como suced3a hasta la ocurrencia del accidente relatado.

Estima que como consecuencia de todo lo dicho ut supra, es posible atribuirle una incapacidad del 40% de la total obrera y vida, resaltando que actualmente necesita someterse a tratamientos y controles permanentes para paliar los efectos del infortunio, para lo cual debe concurrir al Sanatorio Las Lomas, donde se le efect3an adecuadas terapias de rehabilitaci3n.

Concluye en que resulta pr3cticamente imposible resumir con palabras el dolor y la frustraci3n que padece y padecer3 dicha coactora; como tambi3n lo es medir las consecuencias f3sicas, ps3quicas y morales del da1o padecido.

La responsabilidad:

En relaci3n a la responsabilidad de la demandada por el suceso descrito, dado el car3cter del hecho entiende que la misma es de naturaleza objetiva, toda vez que seg3n refiere la demandada es garante de todo cuanto suceda al alumno mientras se encuentre al resguardo de la actividad educativa.

Sostiene que el hecho que origina el presente caso no puede ser calificado como de imprevisible, toda vez que la situaci3n de menores jugando al f3tbol permite prever que habr3 alg3n roce, alg3n contacto excesivo debido a la natural rudeza de este deporte y producto de una razonable competitividad, de modo que considera que lo sucedido no es un caso fortuito en los t3rminos previstos por el art. 1767 del C3digo Civil y Comercial sino que se trata de un hecho perfectamente previsible.

En referencia a la responsabilidad de la aseguradora, entiende que su responsabilidad proviene de su calidad de tal.

Los rubros indemnizatorios:

Reclama entonces por da1os y perjuicios, los cuales desdobra en aquellos correspondientes a la coactora Sandra Marcela Seibane y aquellos otros inherentes a la v3ctima de autos Nahir Ayel3n Herrera Seibane, los cuales describe:

En primer lugar reclama por los da1os personales de Sandra Marcela Seibane, que identifica como gastos de atenci3n m3dica, de traslados, de tratamientos, gastos futuros, etc... En tal l3nea de razonamiento advierte que el ordenamiento civil, a trav3s de la norma contenida en art. 1746 del C3digo Civil y Comercial, entre otras consecuencias y en

relación al presente ítem, dispone la procedencia del mismo en cuanto establece que: " ... Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad...".

Destaca que no obstante encontrarse amparada por la prepaga "OSDE", dicha institución no cubre la totalidad de las erogaciones (vgr. la adquisición de medicamentos está cubierta sólo hasta un 40%, de suerte que es pertinente el presente reclamo, toda vez que los gastos se admiten previo pago mensual de la membresía, costo que aquí no se reclama).

Indica así que en este rubro deberán englobarse los gastos farmacéuticos, como así también los de adquisición de aparatos indispensables para su recuperación, bota walker, muletas, bastón, cama de agua, etc.

En cuanto a los medicamentos refiere la necesidad de adquisición de halopidol, klosidol, keterolac y otros calmantes, remedios antidepresivos, diodorles, ditropan, novalgina, etc., sin que ello importe agotar la lista, además de los habituales antibióticos.

En referencia a los gastos de traslado que reclama, señala que se trata de aquellos realizados por medio de remises y taxímetros que debió y deberá utilizar para acudir al nosocomio en el cual fue atendida y al que posteriormente continuó siendo trasladada para su atención su hija, en varias ocasiones. Agrega que es ineludible referirse a las traslaciones necesarias para asistir al centro de rehabilitación, en numerosas oportunidades.

Como consecuencia de lo expresado, reclama por este capítulo la suma de \$20.000 o la que en más o en menos resulte de autos.

Seguidamente solicita indemnización a favor de la menor por incapacidad sobreviniente, ello y según postula, habida cuenta de que el accidente dejó en la menor huellas que minoran la capacidad psicofísica genérica que tenía antes del mismo; considera que este perjuicio debe ser resarcido en orden a lo normado por los arts. 1737, 1738, 1739 y 1746 del Código Civil y Comercial.

Para determinar una suma tendiente a reparar la incapacidad provocada a la víctima a raíz del hecho que nos ocupa, sostiene que se deben tener en cuenta la gravedad de las lesiones sufridas como así también la importancia de las secuelas remanentes, ya que padece diversas consecuencias que la afectan negativamente en sus labores y, en general, en su vida social. Teniendo en cuenta las gravísimas secuelas que soporta, estima una incapacidad del 40%.

Asimismo y en el marco de dicho rubro, reclama la reparación de los daños originados en la necesidad de someterse a tratamientos de recuperación kinésico fisiátricos tendientes a atenuar las secuelas de sus dolencias y a lograr una mejoría. Ello, en virtud de que la cobertura de OSDE no se presta sine die, sino que tiene una limitación en el tiempo.

Todo ello, así como los demás elementos que deja al arbitrio judicial, llevan a solicitar a la actora, la suma de \$ 800.000 por dicho concepto.

Peticiona también el resarcimiento por daño moral, conforme lo refiere, aduciendo que tal perjuicio se configura a raíz de la suma de padecimientos físicos y espirituales derivados del hecho en debate que tanto perjudicó y perjudicará a la menor Nahir Ayelen; entiende que tales agravios merecen especial atención, habida cuenta de que su vida quedó marcada por esos dolores pretéritos, así como también por la merma en la capacidad que soporta y deberá soportar en lo futuro y la penosa convalecencia que ha debido sobrellevar, sufrimientos, intervenciones quirúrgicas; como aflicciones, frustraciones y

padecimientos físicos y síquicos que le ha causado el accidente, dado que tales secuelas le recuerdan y le recordarán diariamente el infortunio padecido. Reclama entonces por daño moral la suma de \$ 400.000 a la luz de lo dispuesto por el arts. 1738, 1739, 1741 del Código citado.

Pide también ser indemnizada por daño psíquico en tanto señala que las lesiones sufridas le han acarreado a la menor Nahir Ayelén Herrera Seibane un gran daño de esa naturaleza, que según refiere se exterioriza en depresiones, como así también en un estado de abatimiento que le resta dinamismo y vitalidad para el desarrollo habitual y normal de sus tareas cotidianas y que por ello deberá ser sometida a un tratamiento que la ayude a paliar su trance actual. Como parte del resarcimiento previsto en el artículo 1746 del código citado solicita por este rubro la suma de \$ 250.000, adunándole el costo de una terapia, sin perjuicio de lo que en más o en menos surgiere de los peritajes.

El derecho. La prueba. Intereses:

Funda su derecho en lo dispuesto por los arts. 1716, 1717, 1722, 1722 a 1727, 1737 a 1741, 1746, 1767 y cc. del Código Civil y Comercial; art.118 de la ley 17.418; y demás doctrina, jurisprudencia y legislación aplicable al caso en cuestión.

Ofrece prueba documental, confesional, informativa, testimonial, pericial contable, médico legista, psiquiátrica y psicológica.

Solicita la aplicación de interés mediante la tasa pasiva de interés ofrecida para operaciones por el sistema de "home banking" del Banco de la Provincia de Buenos Aires, ello conforme el criterio adoptado por la Excma. Cámara Civil y Comercial Departamental, según los fallos dictados en las causas N° D-1985-5 de la Sala Ja.; D-18959-03 de la Sala III y n° D-958-5 de la Sala II.

II. A fs. 43 se ordenó correr traslado de la demanda.

III. De la contestación de demanda

A fs. 114/118 se presenta la Dra. María Virginia Romero, en su carácter de letrada apoderada de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires contestando la demanda y solicitando su íntegro rechazo con costas.

Efectúa una negativa general y particular de los hechos expuestos en la demanda.

Niega la autenticidad de la totalidad de la documentación que la actora agrega, salvo aquella que revista el carácter de instrumento público.

Niega asimismo la existencia de los daños descriptos en la demanda, su procedencia y su relación de causalidad con el hecho.

Del mismo modo impugna por infundados, elevados y no coincidentes con la realidad, todos y cada uno de los montos y/o rubros reclamados en la demanda.

Efectúa un relato del hecho y postula su encuadre jurídico. En tal dirección cita el expediente administrativo n° 5100-39689/2017 de la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires que adjunta (ver fs. 50/107) y del cual –según indica- surge el informe de la Dirección de Escuelas sobre el accidente. Explica que según dicho informe, no se desprende que la lesión haya sido producto de la agresión de otra alumna, sino que la joven fue en busca de la pelota y realizó un movimiento brusco con la pierna izquierda, por lo cual, luego de ello, la alumna manifiesta dolor en la rodilla izquierda y dolor lateral en el muslo.

Señala que dicho informe destaca la presencia de los docentes a cargo, quienes –según se indica- se encontraban realizando sus funciones de manera regular y razonable, prestando la debida vigilancia y que el suceso fue súbito y sorpresivo, no pudiendo

preverse.

Refiere entonces que la situación que dio lugar al infortunio estuvo emplazada en un marco de normalidad y fue, en síntesis, un suceso imprevisto que de ningún modo se contaba como probable, cuya potencialidad dañosa se consumó instantáneamente, habiéndose actuado con la diligencia compatible con el nivel que era dable exigir para una situación semejante.

Postula que la caída en el desarrollo de la práctica de fútbol debe calificarse como una conducta normal y natural, siendo su resultado dañoso (esguince de rodilla) el que aparece claramente como imprevisible e inevitable para los educadores.

Reitera que el daño se produjo aún con la presencia de la docente a cargo del grupo, quien dio aviso inmediato al Servicio de Emergencias Tigre y a la familia y no existe prueba que diga que aquella no actuara como era su deber, es decir, vigilando y cuidando de los mismos.

Agrega que el acontecimiento no pudo ser contenido ni impedido por el docente que cuidaba a los educandos, ni por los propios compañeros. Ello la lleva a concluir que el hecho que se demanda fue puramente casual, imprevisible y normalmente inevitable.

Resalta la inmediata actuación del personal docente y directivo en la atención de la alumna y considera que ante el hecho imprevisto e imprevisible, el personal docente actuó en todo momento de acuerdo a las normas que reglan los accidentes en establecimientos educativos, acompañando a la menor y a su familia en las distintas actuaciones, brindándoles contención y ayuda necesaria para afrontar gastos y demás circunstancias que este tipo de situaciones genera.

Promueve la citación en garantía de Provincia Seguros S.A. por resultar la firma aseguradora del establecimiento educativo, indica que según obra a fs. 54 del expediente administrativo adjunto, la Póliza es la n° 78.639 con vigencia desde el 31/12/2015 al 31/12/2016. A tal efecto manifiesta que el hecho ha sido denunciado a dicha compañía aseguradora, conforme consta a fs. 41 del expediente adjunto.

En relación a los rubros y montos indemnizatorios reclamados en la demanda, comienza dando tratamiento a los gastos de atención médica, traslado y farmacéuticos, destacando sobre el punto que –según lo denunciara la actora- la misma posee la cobertura médica de OSDE y en ese marco realiza la atención médica y los tratamientos, de modo que sin perjuicio de la presunción que surge del art. 1746 del CCyC, la naturaleza de los gastos debe guardar razonabilidad con las lesiones o la incapacidad y no la totalidad de las erogaciones como pretende la actora, entendiendo la letrada de la Fiscalía de Estado que se trata de una presunción iuris tantum y que en este caso la prueba en contrario la constituye la existencia de cobertura médica, por lo cual sostiene la necesidad de la prueba en la dirección requerida en la demanda y que aquellos gastos no fueron cubiertos por OSDE.

Respecto de la incapacidad sobreviniente, manifiesta alarmarse por el porcentaje reclamado, explicando que a su turno deberá demostrarse no sólo su existencia, alcance y grado, sino también cuál es el nexo causal con el hecho.

Agrega que tampoco existe referencia en la demanda de cuál sería el impacto patrimonial de la lesión, ya que la incapacidad física como daño material "per se" no es indemnizable, requiriendo para que lo sea, contar con el elemento patrimonial perjudicado, conforme la jurisprudencia que cita. Al respecto señala que si bien la lesión sufrida por la menor tiene entidad y podría ser suficiente para evolucionar con secuelas, lo cierto es que el

tratamiento practicado tiende a lograr una buena recuperación de la funcionalidad del miembro.

Cuestiona el reclamo por daño psicológico negando su procedencia, por cuanto, tal como ha sido peticionado se confunde con el daño moral. Sostiene que para que este daño sea resarcible en forma autónoma al daño moral, debe necesariamente contar con un matiz patológico y demostrarse su incidencia patrimonial; explica que el daño psicológico es una patología mental derivada del hecho, que es novedosa en la personalidad e irreversible (no puede ser superada mediante tratamiento psicológico) y tener incidencia patrimonial. Apunta que todo sufrimiento mental, que no alcance a reunir los requisitos antes apuntados, es precisamente lo indemnizado bajo el rubro del daño moral. Concluye así en que tanto el daño psicológico como el daño físico, sólo importan el resarcimiento cuando garantizan la compensación de aquellos bienes que, como consecuencia del ataque, no se produjeron o no se podrán obtener. De no existir perjuicio en el patrimonio, se debe resarcir el daño no económico, llamado agravio moral.

Seguidamente se introduce en la crítica del rubro reclamado como daño moral, al respecto pone de relieve el estricto carácter resarcitorio del daño moral, por lo que considera que el monto reclamado en la demanda es desmesurado, traduciéndose en una fuente de enriquecimiento sin causa para el peticionante de autos.

Cita jurisprudencia en apoyo de su postura y solicita el rechazo de los rubros daño moral y daño psicológico, como autónomos e independientes.

Ofrece prueba documental, pericial médica e informativa.

IV. De la contestación a la citación en garantía

A fs. 129/137 se presenta el Dr. Pablo M. Padilla en su carácter de apoderado de la compañía aseguradora PROVINCIA SEGUROS S.A. procediendo a contestar la citación en garantía de su mandante.

Manifiesta que a la fecha del hecho su poderdante poseía un contrato de seguros de responsabilidad civil vigente instrumentado a través de la Póliza n° 78639, amparando los riesgos acontecidos en el ámbito de la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, señalando un máximo de cobertura por la suma de \$ 750.000. Señala que la actora no posee una acción autónoma contra el asegurador sino que la misma debe tener una vinculación material concreta e idéntica a la que se plantee frente al asegurado, de modo que la pretensión contra su mandante sólo podría hallar sustento en una efectiva sentencia condenatoria contra el demandado –asegurado respecto de su mandante- y estará limitado en cuanto a su contenido económico por los términos del contrato.

Efectúa una negativa genérica y particular de los hechos contenidos en la demanda.

Seguidamente impugna los rubros contenidos en la demanda.

En relación a los gastos de atención médica señala que los gastos aludidos carecen de todo respaldo documental, agregando que la atención médica se produjo en un hospital público.

Niega la existencia de la incapacidad sobreviniente reclamada y, en su caso, la considera desmesurada.

Respecto del daño moral considera que dicho rubro no es consecuencia ineluctable del daño material por lo cual deberá valorarse la prueba que se produzca en autos.

En referencia al daño psíquico, además de negar su existencia, postula que el mismo no resulta independiente del rubro incapacidad sobreviniente o del daño moral.

Ofrece prueba documental, confesional, informativa y pericial contable. Se opone a la producción de la prueba confesional respecto de su mandante.

Finalmente solicita la aplicación de lo normado por el art. 730 del CCyC.

V. Traslados y oposiciones

A fs. 138 se ordenó correr traslado a la contraria de la documentación y de la oposición a la prueba confesional y se tuvo por contestada la citación en garantía y a fs. 156 por contestada la demanda.

A fs. 139/141 la actora contesta el traslado y niega la autenticidad de la documental acompañada por la citada en garantía, lo cual se tuvo por contestado a fs. 142/143.

A fs. 156 se tuvo por contestada la demanda por la Provincia de Buenos Aires.

A fs. 159/160 la actora contestó el traslado de la documental y del ofrecimiento de prueba de la demandada, negando la autenticidad de la documental que no revista el carácter de instrumento público y oponiéndose a la designación de un médico legista para realizar las pericias psiquiátrica y psicológica ofrecidas por su parte, todo lo cual se tuvo por cumplido a fs. 161.

A fs. 170 se le dio por decaído el derecho a la actora a contestar el traslado de la oposición de la prueba confesional de la citada en garantía. En el mismo auto se ordenó la fijación de la audiencia prevista por el art. 41 del CCA.

VI. Previamente, a fs. 164 y luego de ser ordenada la vista a la Sra. Asesora de Menores, dicha funcionaria cesó su intervención dado que la menor Nahir Ayelén Herrera Seibane alcanzara la mayoría de edad, quien tomó intervención en las actuaciones a fs. 166/167, ratificando a fs. 169 todo lo actuado en su nombre con anterioridad.

VII. De la producción de la prueba

A fs. 174/177 obra el acta de celebración de la audiencia del art. 41 CCA

A fs. 182 la actora desistió de la prueba testimonial oportunamente ordenada.

A fs. 193/238 obra la historia clínica de Sanatorio Las Lomas. A fs. 246/250 obra constancia de atenciones emitida por OSDE.

A fs. 269/275 luce el dictamen correspondiente a la pericia psicológica brindado por la Lic. Bonaldo, del cual se ordenara correr traslado a fs. 277.

A fs. 279 se ordenó -y consecuentemente se produjo- la certificación de la prueba. En tal sentido se tuvo presente la diligencia actuarial y se decretó la caducidad de la prueba informativa de la actora ordenada respecto de Centro Médico Deragopyan y de la demandada respecto a Provincia Seguros S.A., así como también la totalidad de la respectiva de la citada en garantía.

A fs. 291/292 la Fiscalía de Estado provincial y a fs. 293 la citada en garantía formularon observaciones al informe pericial psicológico, de todo lo cual se ordenó dar traslado a fs. 294.

A fs. 298 obra el escrito de contestación al pedido de explicaciones formulado por la perito psicóloga.

A fs. 307/310 se halla glosado el dictamen pericial médico efectuado por la Dra. Mendiola, del cual se ordenó correr traslado a fs. 310.

A fs. 312/313 obra el escrito de la parte actora requiriendo explicaciones de la perito médica, de lo que se ordenó correr traslado a la experta a fs. 319.

A fs. 323 se solicitan explicaciones a la perito médica por parte de la citada en garantía, ordenándose su traslado a fs. 324.

A fs. 324 la Fiscalía de estado provincial pide explicaciones respecto de la pericia médica,

corriéndose traslado a fs. 328.

A fs. 332 la perito médica contesta el pedido de explicaciones formulado por la actora y por la demandada, lo que se tiene por cumplido a fs. 333 intimándosele en dicho auto a dar cumplimiento con el requerimiento de la citada en garantía.

A fs. 335 amplía la contestación al pedido de explicaciones dando cumplimiento con la intimación de fs. 333 (ver auto de fs. 338).

A fs. 342 se ordenó una nueva certificación de las pruebas, dándose cumplimiento con ello en la misma foja.

VIII. A fs. 343 se ordenó poner los autos para alegar.

IX. A fs. 345/346 obra el alegato de la parte actora y a fs. 348/349 el de la parte demandada, siendo que a fs. 361 se rectificó el auto de fs. 356 y se le dio por decaído el derecho de alegar a la citada en garantía.

X. A fs. 356 vta., se colocaron autos a sentencia.

CONSIDERANDO:

1°) Ley aplicable

Con antelación a abordar la demanda incoada y teniendo en cuenta que el día 1 de agosto del 2015 ha entrado en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial, resulta procedente realizar algunas consideraciones.

El actual Código Civil y Comercial, como el derogado, establecen que las leyes se aplicarán a partir de su entrada en vigencia aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, es decir, que consagra la aplicación inmediata de la ley nueva, que rige para los hechos que están in fieri o en curso de desarrollo al tiempo de su sanción.

En la especie, el episodio dañoso denunciado tuvo lugar, según lo expuesto en la demanda (ver fs. 68 vta.), el 3/05/16 -es decir, luego de la entrada en vigencia del CCyC y de la Ley n° 26.944, LRE en adelante-; por lo que corresponde modificar el temperamento asumido, respecto de la ley aplicable, en otros procesos ya decididos en esta sede en los que la responsabilidad estatal fue analizada, en términos generales, a la luz del hoy derogado art. 1112 Cód. Civ., por haberse desarrollado y consumido el sustrato fáctico de cada caso durante la vigencia del Código de Vélez (en ese sentido JCA2 SI causas n° 5384, sent. del 30/11/17, n° 5848, sent. del 24/8/18, n° 5919, sent. del 13/12/18, entre muchas otras).

De ese modo, corresponde que sean aplicadas las disposiciones vigentes al momento en que se configuró la ilicitud cuya reparación se reclama (arg. SCBA causa A 70603 "Rolón", sent. del 28/10/15); todo lo cual -a tenor de los arts. 57, 171 de la CPBA, del art. 15 del C.C.C. y de los art. 34, inc. 4, 163, inc. 5, y cc, CPCC- obliga al suscripto a encontrar un marco de juridicidad adecuado para la resolución del caso frente a: (i) las expresas disposiciones del art. 1764 del C.C.C, como así del art. 1 tercer párrafo de la LRE, que determinan, de manera uniforme, que las disposiciones del Código Civil y Comercial no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria; (ii) el desplazamiento hacia las órbitas provinciales o del Estado Nacional, según sea el caso, de la regulación de la responsabilidad pública (cfr. art. 1765 C.C.C., arg. art. 11 LRE y con anterioridad, cfr. CSJN in re "Barreto", Fallos: 329:759, entre otras) y la inexistencia de adhesión a la LRE o de una ley que, en la Provincia de Buenos Aires, al día de la fecha, aborde la temática que, bien vale apuntar, es consustancial a la misma noción de "Estado de Derecho" y cuyo fundamento constitucional se haya en el art. 16 C.N ("principio de

igualdad ante las cargas públicas”), en el art. 19 de la C.N. (“alterum non leadere”) y en el art. 17 C.N. (“inviolabilidad de la propiedad”) (en ese sentido, ver Cassagne, Juan Carlos, El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas, Sup. Const. 2014 (mayo), 29/05/2014, 3 - LA LEY 2014-C, 885, Perrino, Pablo Esteban, La responsabilidad extracontractual por la responsabilidad ilícita en el derecho argentino”, en el libro Modernizando al Estado para un país mejor, ed. Palestra, Lima, 2010, ps. 430-432; Sarmiento García, Jorge H., Responsabilidad del Estado. Principios y Proyecto de Ley, LL del 11/03/2014; Hutchinson, Tomás, Lineamientos generales de la responsabilidad administrativa del Estado, en Revista de Derecho de Daños, 2010, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 108; Comadira, Julio Rodolfo, Escola, Héctor J. y Comadira, Julio Pablo, Curso de Derecho Administrativo, Tº II, Abeledo-Perrot, 2012, p. 1511).

En ese derrotero, frente a la ausencia de normativa local específica que regule los presupuestos y alcances de la responsabilidad del Estado, siguiendo la pauta del art. 171 CPBA, corresponde aplicar los principios jurídicos vigentes en la materia respectiva, que emergen de la CN y la CPBA y que reiteradamente han sido aplicados por los máximos tribunales federal y provincial, como así, en el caso concreto, por analogía, el art. 1767 del C.C.C. (el art. 1764 C.C.C. como el art. 1 LRE, no impiden el empleo de dicha técnica, ver Balbín, Carlos F., Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo, Buenos Aires, Astrea, 2016, ps. 97/103) en tanto resulte compatible con las aludidas directrices propias del derecho público.

Por lo demás, entiendo que no cabe, en el caso, la aplicación analógica de la LRE, en tanto reitero, no ha sido objeto de adhesión por la legislatura bonaerense a la fecha de la presente (cfr. art. 11 LRE) en contraposición de a la efectiva vigencia de C.C.C. en el territorio provincial (cfr. art. 75 inc. 12 CN); ello, más allá de que, aun asumiendo un criterio diverso, no se observa que la Ley 26.944 haya regulado la responsabilidad de los establecimientos educativos públicos (en ese sentido, ver Navarro Floria, Juan G. “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el nuevo Código Civil y Comercial”, Diario E.D., n° 14.181, del 15/05/17, en particular capítulo 2.2.).

2º) El daño

Sentado ello, cabe recordar que el daño es el presupuesto central de la responsabilidad, sea ésta de naturaleza privada o pública. El daño debe ser cierto en su sentido de ocasionar una lesión patrimonial y/o espiritual al afectado (cfr. JCA2 SI, causas n° 1353, sent. del 20/2/17, n° 5384, sent. del 30/11/17, entre otras).

Respecto de la existencia de este elemento, entiendo que la valoración en conjunto de la prueba aportada y que fuera sustanciada en el curso del proceso, a saber: a) la radiografía de fs. 3 (reservada); b) las radiografías cuyas copias obran a fs. 14/15; c) el informe de resonancia magnética certificado a fs. 16/17; d) el informe de OSDE de fs. 18/22; e) el legajo de accidente de alumno acompañado con el expediente administrativo n° 5100-39689/2017 de fs. 82/107 (fs. 31/56 del expediente administrativo); f) la historia clínica y constancias de atención médica de Sanatorio Las Lomas de fs. 193/238; g) el informe de consumo de prestaciones médicas emitido por OSDE obrante a fs. 246/250; h) la pericia psicológica de fs. 269/275 y la contestación a los pedidos de explicaciones que obra a fs. 299/300; i) la pericia médica de fs. 307/310 y sendas contestaciones a los pedidos de explicaciones, las cuales lucen a fs. 334/335 y 337; permiten tener por acreditada preliminarmente la existencia de la lesión de la actora (esguince de rodilla

izquierda con ruptura de ligamento cruzado anterior) que origina el reclamo indemnizatorio.

3°) El hecho

Sentado ello, es dable advertir que del expediente administrativo n° 5100-39689/2017 acompañado como prueba documental por parte de la demandada Provincia de Buenos Aires, se desprenden las siguientes circunstancias útiles para la causa, así:

A fs. 85/86 obra la solicitud de inscripción de la menor Nahir Ayelén Herrera Seibane en la Escuela de Educación Secundaria n° 11 Juana Azurduy del Distrito de Tigre, fechada el 04 de marzo de 2016, en la que solamente se describe como antecedente médico que la menor recibe tratamiento por hipotiroides.

A fs. 88 luce el acta descriptiva que da cuenta que el día 03 de mayo de 2016 a las 15.50 horas, en el ámbito del Polideportivo y durante el curso de Educación Física, la alumna de 4° Nahir Herrera Seibane, en momento que va en busca de la pelota realiza un movimiento brusco con su pierna izquierda produciéndose un esguince de su rodilla de pierna izquierda, hallándose presente la docente Sandra Sofío, quien brinda la asistencia primaria mediante la colocación de hielo y se notifica a las autoridades y se comunica a la familia de la menor; suscriben la misma la Directora Lic. Florencia Vilela y la docente a cargo Sandra Sofío.

A fs. 89 obra la denominada acta con familiares, fechada el 03/05/2016 y en la que se informa a la madre de la alumna, Sandra Seibane, que durante una situación de juego la menor busca la pelota y realiza un movimiento brusco con la pierna izquierda. Se informa allí que la familia decide trasladarla por sus propios medios al Sanatorio Las Lomas para su atención. Suscriben el acta la madre de la alumna y la Directora del establecimiento educacional.

A fs. 90, obra el acta de ofrecimiento de seguro escolar por gastos, suscripta por la madre de la menor y por la Directora de la escuela, aceptando la madre de la alumna el ofrecimiento del seguro y asumiendo el compromiso de aportar los comprobantes de gastos en fecha 08/06/2016 como así también de informar a la escuela cualquier situación que ocurriera o cambio de decisiones.

A fs. 91 obra una constancia de atención en el Sanatorio Las Lomas a la menor Nahir Herrera Seibane del día 04/05/2016.

A fs. 92 se encuentra la denuncia de siniestro formulada por la Directora de la escuela a la compañía Provincia Seguros S.A. en la que se describe el hecho acontecido el día 03/05/2016 resultando víctima la alumna Nahir Ayelén Herrera Seibane.

A fs. 94/95 luce la constancia de solicitud de indemnización por gastos de asistencia médica y farmacéutica realizada por la madre de la alumna a la aseguradora Provincia Seguros S.A.

A fs. 96 se halla glosada un acta manuscrita, la cual según debe entenderse, corresponde a la declaración de la docente a cargo del curso de educación física Sandra Sofío y suscripta únicamente por ella y autoridades docentes, en la que vuelve a describirse la situación en la cual se produce la lesión de la alumna, agregándose que “ésta manifiesta ya haber tenido fractura en la misma y dolor lateral del muslo, después de rodilla izquierda”. También se deja constancia de haberse dado aviso al Servicio de Emergencias Tigre y a las autoridades del colegio, consignándose que la alumna es retirada por su madre a las 16.00 horas.

A fs. 97/99 obra un acta en la que se deja constancia de las recomendaciones realizadas

a los docentes y personal no docente ante la ocurrencia de casos de accidentes escolares fechada en 13/5/2016.

A fs. 101 y con fecha 24/5/2016 se informa a la Inspectora del Área sobre la ocurrencia del hecho.

A fs. 103 la Jefatura del Distrito Educativo Tigre, deslinda la responsabilidad del personal docente.

A fs. 105 la Dirección de Contabilidad y Finanzas informa que la Póliza que le correspondería al hecho es la n° 78.639 con vigencia a la fecha del hecho.

Así las cosas, en virtud de los términos en que ha quedado trabada la litis, la cuestión traída al conocimiento del suscripto se ciñe en determinar, por un lado, si el siniestro denunciado se produjo en la forma relatada por la actora y en su caso, la relación entre dicho acontecimiento y el daño alegado para finalmente determinar la responsabilidad que sobre el hecho habría tenido la demandada y, por el otro, en caso de resultar procedente, la extensión de la misma.

En orden a ello: “resulta oportuno destacar la existencia de principios de naturaleza adjetiva o procesal relativos a la evaluación del acervo probatorio constituidos por los mandatos normativos que establecen los principios generales en la materia. El primero de ellos al que se debe acudir es aquel que establece la apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica –cfr. art. 384 CPCC–, es decir de aquellas reglas “que son aconsejadas por el buen sentido aplicado con recto criterio, extraídas de la lógica, basadas en la ciencia, en la experiencia y en la observación para discernir lo verdadero de lo falso (cfr. SCBA, Ac. y Sent., 1.959, V. IV, p. 587 y CCASM causas n° 2.551/11 del 28/6/11; n° 2.630/11 del 11/8/11, n° 2.616/11, del 29/8/11, entre muchas otras).

Sobre tal aspecto cabe aclarar que: “...en materia de prueba, el juzgador tiene un amplio margen de apreciación, por lo cual puede inclinarse por lo que le merece mayor fe en concordancia con los demás elementos de mérito que puedan obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado. No está obligado, por ende, a seguir a las partes en todas las argumentaciones que se le presenten, ni a examinar cada una de las probanzas aportadas a la causa, sino sólo las pertinentes para resolver lo planteado (CSJN Fallos 258:304; 262:222; 272:225; 278:271 y 291:390, entre otros y CCASM en causa n° 2615/11 del 20/9/2011, entre otras).

Sabido es que la valoración de la prueba es el acto mediante el cual el órgano judicial, en oportunidad de dictar sentencia definitiva, se pronuncia acerca de la eficacia o atendibilidad de aquella para formar su convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos del proceso.

En nuestro sistema procesal los jueces forman su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica, que se basan en principios de la lógica y de la máxima de la experiencia, por ende queda excluida la discrecionalidad del juzgador. Sin perjuicio de ello no se tiene el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas sino sólo de aquellas que resulten esenciales y decisivas para la resolución de la causa.

Teniendo en cuenta tales premisas, de las pruebas arrojadas y más precisamente de las constancias del expediente administrativo desmenuzado en el considerando precedente no cabe duda sobre la ocurrencia del hecho desafortunado que sufriera Nahir Ayelén Herrera Seibane, el cual se produjo el día 03-05-2016 a las 15.50 horas dentro del Polideportivo Gral. San Martín de Tigre, durante la clase de educación física impartida por

la docente Sandra Sofío a los cursantes del 4° de la Escuela de Educación Secundaria n° 11 “Juana Azurduy” de la localidad de Don Torcuato, Partido de Tigre, por lo cual, no obstante la diferencia de apreciación entre el relato contenido en el escrito de demanda -que atribuye la lesión a una acción de juego de otra alumna durante la práctica de fútbol- y el texto de las constancias labradas por el personal docente contenidas en el expediente administrativo ya consignado, -que describen la ocurrencia del accidente con motivo de un movimiento brusco de la propia víctima también en situación de juego-, existe absoluta certeza sobre el aspecto temporal-espacial del hecho, por lo que sólo resta aclarar la circunstancia de modo en que se produjo el accidente.

En tal dirección, y por aplicación del método de supresión mental hipotética, eliminando una o ambas descripciones que hacen las partes en cuanto a la mecánica del suceso, se llega a la conclusión que cualquiera sea el modo en que la lesión se produjera, nos hallamos ante una situación fáctica incontrovertida –la lesión de la alumna durante una acción de juego en una clase de educación física- que no modifica el aspecto jurídico en que debe encuadrarse la cuestión (art. 1767 CCyC por analogía); por lo que tengo por acreditada la ocurrencia del hecho que origina el reclamo indemnizatorio.

4°) La relación de causalidad

En orden al otro elemento exigible a los fines de la atribución de responsabilidad estatal, sabido es que debe establecerse una conexión causal entre el hecho y el daño reclamado. En tal sentido, el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada entre una acción u omisión y el daño, éste debe haber sido causado y ocasionado por aquélla (SCBA, Ac. 71.453, del 7/2/01, JCA2 SI causa n° 5919, sent. del 13/12/18, entre muchas otras, doct. art. 1726 C.C.C.).

Para ello es menester adentrarse en el análisis y ponderación de la prueba producida en autos a los fines de determinar, en primer lugar, la efectiva ocurrencia del hecho generador del daño alegado, en relación a lo cual me remito a lo sostenido en el considerando precedente respecto de la efectiva ocurrencia del hecho expuesto en la demanda bajo idénticas circunstancias de tiempo y lugar, sin perjuicio de la aclaración formulada respecto de la mecánica del hecho que originara la lesión.

En cuanto a su vinculación con el daño materia de reclamo, la pericia médica de fs. 307/310, así como la historia clínica de Sanatorio Las Lomas de fs. 193/238 y la constancia de consumos nacionales emitida por OSDE obrante a fs. 246/250, permiten tener por cierto (cfr. art. 384 CPCC) que la lesión que padece Nahir Ayelén Herrera Seibane (minusvalía orgánica funcional a nivel de rodilla izquierda por ruptura del ligamento cruzado anterior –artroscopia-) es consecuencia directa del hecho acontecido el día 03/05/2016 expuesto en la demanda.

5°) La responsabilidad

Acreditada la ocurrencia del hecho, la existencia del daño y la relación de causalidad entre ambos, corresponde ahora detenerme en el análisis de la responsabilidad del establecimiento educacional.

Me remito entonces a lo postulado en el considerando 1°) referido a la ley aplicable, agregando en este apartado que la escuela como institución, junto a la obligación principal de suministrar enseñanza y educación a los alumnos, asume una obligación de seguridad, enderezada a preservar la integridad física de aquéllos, siendo dicho deber de seguridad de naturaleza objetiva, lo que torna irrelevante todo intento de probar la inexistencia de culpa en el cuidado y la vigilancia, ya que se trata de una garantía creada por la ley

fundada en el riesgo de la actividad que se desarrolla.

El art. 1767 del CCyC, que debe ser analógicamente aplicado al caso, prevé, en lo que interesa: “El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito”.

El régimen de responsabilidad instaurado en el artículo 1767 despeja toda duda en cuanto a que resulta aplicable al "titular" del establecimiento educativo, entendiéndose a éste como aquel que organiza el sistema de educación, es decir, quien emprende el servicio educativo. En cuanto al ámbito espacial, el titular del establecimiento deberá responder, por un lado, si el daño se ha producido dentro de él, pues en estos supuestos debe presumirse que sucedió mientras el alumno se encontraba bajo el control de la autoridad educativa. A la misma conclusión habrá de arribarse si el perjuicio, si bien ocurrió fuera de la institución, tuvo su causa dentro de ella. Asimismo, la responsabilidad es objetiva, siendo el factor de atribución la garantía, pues el titular del establecimiento educativo asegura la indemnidad de los menores que concurren a aprender, como así también que los educandos no ocasionarán daños a terceros mientras se encuentren bajo su cuidado. Se trata, a su vez, de un supuesto de responsabilidad objetiva agravada, pues el titular del establecimiento educativo únicamente se eximirá de responder acreditando la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, es decir, de un hecho que no ha podido ser previsto, o que, previsto, no pudo evitarse (art. 1730 del Código). De esta forma, no podrá eximirse de responsabilidad el agente acreditando el hecho del damnificado (art. 1729), o el hecho de un tercero (art. 1731), salvo que dichos eximentes constituyan, a su vez, un hecho imprevisible o inevitable (cfr. Lorenzetti Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, Tomo VIII, ps. 627/629).

Dicha norma, reitero, debe ser analógicamente aplicada en autos, asumiendo que el empleo de dicha técnica interpretativa e integrativa procede en aquellos casos, como el que nos ocupa, en donde se presentan las siguientes características: a) mismo orden jurídico; b) semejanza de hechos (en cuanto a conductas, objetos y sujetos) y c) el resultado debe arrojar una solución justa (cfr. Balbin, Carlos F., Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 99).

La falta de una disposición específica para la responsabilidad de establecimientos públicos apuntada en el primer considerando no puede derivar en la irresponsabilidad estatal en esta materia; “no hay razones lógicas para que los mismos daños tengan un régimen jurídico diverso según quién sea el dañador” (ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997, LL, 1998-B-1047, esp. pág. 1057, Navarro Floria, Juan G. ob. cit. p. 2); máxime, cuando advierto que por tratarse de un daño padecido por un menor de 18 años, corresponde observar disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 1, 2, 3, 4 y ccdtes, cfr. Ley 23.849, convención con jerarquía constitucional, según art. 75 inc. 22) que obligan a los Estados Partes -y dentro de ellos al Poder Judicial- a respetar los derechos allí enunciados y a asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna (ver en ese sentido, del Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°5, N° 10, entre otras).

Asimismo, la similitud ostensible del régimen vigente (art. 1767 CCyC) con el derogado art. 1117 del Código de Vélez, autorizan a considerar, para resolver el caso, los

lineamientos dados por la jurisprudencia y doctrina en la materia en torno a esta última disposición.

Bajo el régimen del art. 1117 Cód. Civ., el máximo tribunal provincial ha dejado establecido que: "luego de la reforma introducida al nuevo artículo 1117 del Código Civil, producto de la ley 24.830 (B.O.7/VII/1997) hace desaparecer la presunción de culpa de los directores de colegios y maestros artesanos, por el daño causado por sus alumnos o aprendices mayores de diez años, haciendo recaer dicha presunción sobre los propietarios de los establecimientos educativos. El factor de atribución de la responsabilidad es objetivo, dado que se debe garantizar la incolumidad de los escolares, el alumno debe retirarse del instituto de enseñanza "sano y salvo" (SCBA LP C 99308, sent. 17/06/2009, ver además Marcelo J. López Mesa [elDial.com -DC124F] (Publicado el 23-11-2009). La ejecución de la prestación asumida por parte del Instituto de enseñanza, comprende -sin duda- la de resguardar la seguridad de los alumnos que implica un severo y riguroso cumplimiento del deber de vigilancia.

En definitiva, del incumplimiento de esta obligación se origina la responsabilidad establecida en el primer párrafo del art. 1767 del Código Civil y Comercial. Se trata de un deber de garantía concebido como de resultado; quien es titular de un establecimiento educativo soporta una obligación de inocuidad respecto de sus alumnos.

También se dice que se trata simplemente de "riesgos" que el legislador pone a cargo de determinadas personas por razones de interés general. Ellas saben desde el vamos que corren con esos riesgos, por lo que pueden tenerlo presente en sus cálculos de costos; en el supuesto de responsabilidad objetiva en análisis juega este último factor de atribución, es decir la garantía por riesgo legal (ver Kemelmajer de Carlucci, Aida, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997", LL 1998-B-1047 y sig.", Sagarna, Fernando A., "Ley 24.830 - Nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos", JA-1997-III-939., Zavala de González, Matilde, "Daños causados o sufridos por alumnos", Foro de Córdoba, año X, nº 51, 1999, p. 71, 74 y 77, Gianfelici, Mario Cesar, "Caso fortuito, caso de fuerza mayor y la responsabilidad civil de los propietarios de los establecimientos educativos", La Ley 1999-D-589, entre otros).

Reza el art. 1767 del C.C.C. que el único eximente de responsabilidad con el que cuentan los titulares de establecimientos educacionales es el supuesto de que puerbe la existencia de caso fortuito, tratándose como aquel suceso que no ha podido preverse o que previsto, no ha podido evitarse; Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, (Edit. Heliasta pag.114) agrega que el caso fortuito constituye un riesgo inherente a la actividad del autor, queda a su cargo, salvo que la ley diga lo contrario.

Pero sin perjuicio de esa verdad, como así también que por la forma instantánea en que suele producirse el accidente de un alumno, no creo pueda concluirse que todo acontecimiento, conducta o hecho súbito, por esa misma y única razón e incluso inevitabilidad, pueda calificárselo como un caso fortuito o de fuerza mayor y por tanto eximente de la responsabilidad del titular del establecimiento educacional en que ocurrió, entre otras y sencilla razón, porque es lo que normal o habitualmente puede acontecer en ese contexto y bajo esas circunstancias, como resultan ser el hecho de hallarse realizando la práctica de un deporte de contacto físico como es el fútbol o una actividad física que naturalmente conlleva el riesgo de un movimiento incontrolado que puede ocasionar una lesión, como ha sido el caso de la alumna Nahir Ayelén Herrera Seibane.

Cabe entonces detenerme en lo concerniente al caso fortuito específicamente planteado por la demandada como fundamento de su defensa y como causal de eximente de responsabilidad de su representada, y es así que los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor -términos que como se sabe si bien pueden ser diferenciados, son empleados normalmente, por doctrina y jurisprudencia como sinónimos- van mucho más allá de la sola imprevisibilidad o inevitabilidad del acontecimiento por producirse en forma súbita, instantánea o en décimas de segundos.

Así por ejemplo la "exterioridad", (que el daño se genere fuera del ámbito), es requisito fundamental, según Mosset Iturraspe, en la enumeración de los requisitos que contempla el caso fortuito, a saber: a) inevitabilidad, b) imprevisibilidad; c) exterioridad; d) extraordinariedad; e) actualidad, se suma también f) inimputabilidad", (Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños - eximente", T III, Bs. As. 1.980, p. 43).

Autores como Cazeaux y Trigo Represas citan a Erner, que es uno de los que distingue entre caso fortuito y fuerza mayor: ésta, dice, es sólo causa de exoneración y requiere tres requisitos: 1) exterioridad del hecho: el evento dañoso debe originarse fuera del ámbito de la empresa, debe irrumpir desde el exterior, 2) extraordinario: excepcional, un acontecimiento corriente, común, habitual, no puede constituir este tipo de causal de excusabilidad y 3) notoriedad: debe tratarse de un hecho público y notorio. Se elogia su postura por la rigurosidad de la responsabilidad, liberando al deudor sólo en casos excepcionales. No parte del principio de la culpa -lo que le es criticado, por algunos- sino del principio objetivo del riesgo (Pedro N. Cazeaux y Felix A. Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", T 1, p. 502 y sig., La Plata 1.979).

Todo ello encuentra concordancia con lo resuelto por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín en los autos: "Ledesma Julio Roberto y otra c/ Escuela N° 1 Cosme Beccar - Gdo. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios" (07/06/2011). La que sostuvo "... Los conceptos jurídicos de "caso fortuito" o "fuerza mayor" están señalados en los arts. 513 y 514 del Código Civil, con arreglo a los cuales, tanto uno como otro requieren la concurrencia de hechos imprevisibles e irresistibles que hagan imposible el cumplimiento de la prestación prometida, siendo su principal característica la exterioridad del acontecimiento (SCBA, Ac 84910 S 18-8-2004, "Alderete, Julio César c/ Municipalidad de Morón s/demanda contencioso administrativa" [Fallo en extenso: eDial.com - W15D3A])."

Del suceso bajo análisis, al no ser un hecho exterior, ni extraordinario, ni estar fuera de lo común ni fuera del ámbito del establecimiento educativo y por el contrario, por tratarse de un hecho que perfectamente podía presumirse que ocurriría al momento de decidir una actividad deportiva durante la clase de educación física; se trata de un suceso que aunque se produjo de modo súbito, no puede ser considerado como caso fortuito y eximir de la responsabilidad objetiva prevista en el texto del art. 1767 del Código Civil y Comercial para los titulares de los establecimientos educativos (conf. arg., en referencia al art. 1117 Cód. Civ. "Nuñez María Edith Raquel y Ot. c/ Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza por Daños y Perjuicios". Excma. Cam. de Apel Civ. y Com. 25-02-2003).

A su respecto se ha dicho que: "la ley contempla todos los supuestos en que la enseñanza se imparte a un menor a través de una organización de tipo empresarial que supone control de una autoridad" ("La Responsabilidad de los propietarios y directivos de establecimientos educativos, sus luces y sombras" por Marcelo J. López Mesa [eDial.com

–DC124F] (Publicado el 23-11-2009).

En ese contexto, no cabe sino ser riguroso en la exigencia de los requisitos que deben concurrir para que un hecho exima de responsabilidad, más cuando ésta ha sido asignada por el legislador en forma objetiva. De lo contrario se correría el riesgo de ampliar de tal modo la eximente que se podría terminar no sólo desvirtuando la intención del legislador, sino incumpliendo el mandato legal. Bien se ha dicho que el propietario del establecimiento educativo sólo podrá eximirse de responder por los daños sufridos por un alumno demostrando el caso fortuito ajeno al comportamiento de los educandos (CNCiv., sala B, octubre 9-997 - Rosciano, Vicente y o. c/ Instituto San Pio X, LL 1999-D-589), con lo cual llego a la conclusión que en el presente no se encuentra configurado dicho eximente, por lo que la parte demandada es responsable debiendo hacer frente y responder por el infortunio sufrido el 03/05/2016 por la entonces menor Nahir Ayelén Herrera Seibane en el establecimiento educativo ya referido, a cargo de la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires.

En cuanto al ámbito de responsabilidad de la aseguradora Provincia Seguros S.A., el mismo halla encuadre y alcances en las condiciones de la póliza n° 78639 que vinculara a la compañía de seguros con la demandada y que establece una limitación en la cobertura de \$ 750.000.

6°) Los rubros indemnizatorios

En orden a establecer la existencia de los rubros que son materia de reclamo y, en su caso, la adecuada mensuración de los mismos, se procederá a su análisis siguiendo —en lo posible—, el desglose efectuado por los accionantes en su escrito postulatorio, otorgándoles tratamiento a los rubros incapacidad sobreviniente y daño psíquico de modo conjunto.

Establecido lo anterior, cabe señalar que el daño no solamente es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil y estatal sino también, el presupuesto central de la responsabilidad y que su producción y extensión queda a cargo de quien lo alega (cfr. CCASM, causas n° 918/2.009, sent. del 04/05/10 y n° 5390, sent. del 16/02/17, entre otras).

Previo a ingresar en la valoración de los rubros indemnizatorios materia de reclamo, es necesario recordar que: tanto el derecho a una reparación integral -cuyo reconocimiento busca obtener la actora- como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral y el derecho a la vida que enlaza a los dos primeros, se encuentran reconocidos por el plexo convencional incorporado al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (conf. arts. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4°, 5° y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 335: 2333, cfr. CSJ 85/2014° (50-0)/CS1 Recurso de hecho, Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente”, del 10/08/2017). También se ha resuelto que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades (CSJ 85/2014° (50-0) /CS1 Recurso de hecho, Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente”, del 10/08/2017).

Sentado lo expuesto y definida la responsabilidad del establecimiento educativo provincial en el desafortunado suceso, corresponde viabilizar las pretensiones de la parte actora,

debiendo seguidamente considerar los rubros indemnizatorios reclamados:

1. Gastos de atención médica, de traslados, de tratamientos, de provisión de elementos ortopédicos, gastos futuros (reclamados por la coactora Sandra Marcela Seibane)

Respecto de la totalidad de tales ítems reclamados, identificados como gastos de atención médica, de traslados, de tratamientos, gastos futuros, etc., vale señalar y hacer extensiva la postura sentada por la CCASM en causa n° LM-3004-2012, sent. del 13/09/2012, en la que se dejó sentado que: "...en relación a los gastos médicos, farmacológicos, de traslado y de sepelio... entiendo que si bien estos gastos deben probarse por el reclamante (art. 375 del 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. Según la experiencia, deben tenerse en cuenta los gastos en medicamentos presumibles, como aquellos que la atención médica, estudios y tratamientos debieron generar en alguna medida (cfm. esta Cámara en causa 1.729, "Bárbaro", sentencia del 22 de diciembre de 2009, entre muchos otros). Es que, acreditada la existencia de lesiones, debe entenderse que la víctima debió recurrir en gastos médicos, de farmacia y de traslados, criterio que se mantiene aun habiendo sido tratada en instituciones públicas gratuitas, así como la no exigencia de presentación de acreditaciones por tales erogaciones (conf. CCiv. y Com de Lomas de Zamora, causa N° 57.609, S. 30-III-2.004, "Desch" y esta Cámara en la causa N° 1.692, "Gaiani", sentencia del 3 de diciembre de 2.009, entre otras)".

Sentado ello, es dable formular ciertas consideraciones que permitirán valorar adecuadamente sobre la conducencia de la petición resarcitoria.

En principio y razonablemente —dada la permanencia de las necesidades— debe entenderse que los parámetros expuestos por el Superior en cuanto a la dificultad de obtención de la prueba material de las erogaciones, bien pueden hacerse extensivos al resto de los gastos que vienen siendo materia de la pretensión indemnizatoria en autos.

No obstante, ello no deviene de aplicación obligada en esta causa ya que la presunción halla un fundamento material en la prueba informativa brindada por OSDE, en tanto a fs. 246/250 obra el informe sobre los consumos de prestaciones médicas y de suministro de medicamentos por parte de Nahir Ayelén Herrera Seibane (afiliada n° 62-0370687) desde la fecha del hecho (identificado como "consulta de guardia") hasta el 18/04/2018 (concordante con la fecha de emisión del oficio) y sin perjuicio de no fijar valores de tales prestaciones, permite tener por probada la base fáctica para la admisión del rubro.

Sobre esa base y sin dejar de señalar la insuficiente actividad probatoria de la interesada a los fines de brindar elementos que permitan cuantificar cada uno de los rubros pretendidos en este ítem de la demanda, su determinación debe recaer también en un prudente ejercicio de las facultades previstas en el artículo 165 del C.P.C.C. (por remisión del art. 77 inc. 1° del C.C.A.) teniendo en particular consideración que la propia actora explicó que OSDE le brinda una cobertura de hasta el 40% de la medicación siendo que respecto de los eventuales elementos ortopédicos que debió utilizar solamente surge que con fecha 23/05/2016 y el 08/06/2016 se procedió al alquiler de muletas y que el 30/5/2016 se proveyó el set de prótesis para la operación ligamentaria.

De ese modo, no cabe otra solución que acudir a la facultad amplia que acuerda a los jueces el tercer párrafo del artículo 165 del CPCC. La misma supone que el ciudadano al que la sociedad ha confiado la función institucional de brindar una solución pacífica y justa a los conflictos que se suscitan en su seno, en razón del conocimiento derivado de la

apreciación de reiterados casos análogos, -máximas de la experiencia-, se halla en condiciones de ponderarlo con prudencia y en atención al universo de hipótesis justiciables, pero con especial referencia al caso dado (Civ. y Com. San Martín, Sala 2, "Sandoval, Wadalberto y ot. c/ Claro Bertán, Roberto s/ Daños y perjuicios", sent. del 15/12/1994).

Probado el daño, el monto de la indemnización ha sido deferido por la ley al soberano criterio del juez y éste –a falta de pautas concretas resultantes de las constancias de autos- ha de remitirse a sus propias máximas de experiencia; pero también es cierto que las facultades que confiere el art. 165 del CPCC deben ser ejercidas con prudencia y sin crear, en un caso particular, determinaciones cuyos montos excedan razonablemente las otorgadas en casos relativamente análogos (Civ. y Com. Morón, Sala 2, "E., E.M. c/Duarte, Miguel", sent. del 14/8/1997).

En esas condiciones, las circunstancias acreditadas y secuelas padecidas por la joven Herrera Seibane, que se enuncian supra y la limitación probatoria recién apuntada, permiten admitir el reconocimiento de los rubros en análisis en este apartado bajo los lineamientos del art. 165 CPCC, en la suma total de pesos (\$ 10.000) a favor de la coactora Sandra Marcela Seibane.

2. Incapacidad sobreviniente y daño psíquico (reclamados por la coactora Nahir Ayelén Herrera Seibane)

La incapacidad sobreviniente es la que resulta de los menoscabos físicos sufridos por la víctima con motivo del evento dañoso. La actora solicita por el presente la suma de pesos ochocientos mil (\$800.000).

En cuanto al daño psíquico, cabe apuntar que: "...puede no solo configurar un agravio moral sino, además, afectar el patrimonio de una persona y por tanto, en tales supuestos importa un daño material que deriva de la incapacidad sufrida, siendo ello así, deviene jurídicamente viable que conjuntamente con el rubro incapacidad física se analice también la incapacidad psicológica pues la capacidad de la persona, se integra tanto con lo físico como con lo psicológico, de allí que el daño material reclamado en función de ambos aspectos puede ser tratado en forma conjunta y globalmente indemnizado" (SCBA LP, causa B 86871 RSD-276-97, sent. del 30/10/997) resultando también una merma originada en el suceso lesivo.

La indemnización de estos rubros debe tener por finalidad cubrir las limitaciones en todas las esferas de la personalidad, se trata de reparar en plenitud, en tanto tal reparación tiene como fundamento el respeto a la personalidad integralmente considerada.

Puntualizado lo anterior, corresponde darles tratamiento; ello, con los alcances indicados al comienzo de este considerando, sin perjuicio de lo cual debe señalarse que, conforme es doctrina conteste de la Alzada Departamental, los porcentajes de incapacidad deben ponderarse en atención al carácter de incapacidades polifuncionales y al principio de incapacidad restante. Ello implica que dichos porcentajes no deben ni pueden sumarse, sino que corresponde su ponderación en atención a tratarse de incapacidades polifuncionales, teniendo en cuenta aquél principio aplicable en la materia, y las fórmulas usuales para la determinación de la misma. En los casos en que concurren varios porcentajes que informan menoscabos en diversos aspectos de la persona, no se suman sino que se van calculando sobre la capacidad residual que los anteriores han determinado" (cfr. CCASM, causa n° 1725, sent. del 22/09/09, causa n° 6149 sent. del

06/07/17, entre otras y JCA 2 SI, causa n° 2, sent. del 27/02/18).

En este sentido, en cuanto al reclamo indemnizatorio por la incapacidad física sobreviniente y el daño psicológico peticionados en la demanda (ver fs. 33 y 34), es importante destacar, que el dictamen pericial -dada la naturaleza de la cuestión en análisis-, resulta ser el medio probatorio fundamental para formar convicción, pues asesora al judicante en temas que escapan a su formación profesional (cfr. arts. 902 y 512 del Código Civil y CCASM causa n° 6455, sent. del 14/12/17. y sus citas).

2.1. Incapacidad sobreviniente

En consecuencia y fin de evaluar el ítem peticionado, que se relaciona de modo directo con el daño físico, debo atender fundamentalmente a la pericia médica de fs. 307/310 realizada por la Dra. Susana Beatriz Mendolia y sus posteriores explicaciones de fs. 331 y 337, quien luego de haber revisado a la coactora Herrera Seibane y compulsado los antecedentes de interés médico legal obrantes en autos y los estudios médicos realizados, arriba a la conclusión que la paciente padece una minusvalía orgánica funcional a nivel de rodilla izquierda por ruptura del ligamento cruzado anterior (artroscopia).

Señala que las secuelas guardan relación con la mecánica descripta relacionada con la práctica deportiva.

Indica que el rango de movilidad del miembro inferior izquierdo es, en cuanto a la flexión – tanto activa como pasiva- de 120 grados cuando el rango normal es de 150 grados y en cuanto a la extensión de 10 grados activa y pasiva siendo la normal de 0 grados.

En cuanto al carácter del cuadro descripto, informa la experta que el cuadro médico es de carácter crónico.

Destaca asimismo en relación al grado y carácter de la incapacidad que presenta la coactora Nahir Ayelén Herrera Seibane, que la misma posee una incapacidad parcial y permanente del 25% de la total obrera y total vida, presentando limitaciones para la realización de tareas y prácticas deportivas; en tanto posteriormente -frente al pedido de explicaciones- agregó que las cicatrices postquirúrgicas que presenta la actora son pasibles de una incapacidad parcial y permanente del 5% y de una intervención de cirugía plástica que demandaría alrededor de \$ 15.000. Por lo cual determina una incapacidad parcial y permanente por un total del 25%.

Aconseja tratamiento kinésico a los fines de evitar el avance del deterioro físico, durante seis meses con dos sesiones semanales de un costo de \$ 1.000 cada una; agregando que los gastos alegados vinculados con el tratamiento de la lesión resultan adecuados.

Indica que deberá continuar con tratamientos médicos y a la pregunta sobre si podría superar sin dificultades un examen preocupacional o competir en igualdad de condiciones para la obtención de trabajo, contestó que la misma presenta limitaciones y que éstas dependerán del tipo de tareas a realizar, o sea, si ellas implicarán la realización de esfuerzos con la zona afectada o no.

En respuesta a la inquietud postulada por la demandada referida a la existencia de una lesión previa, señaló la perito que ello no se constató.

En definitiva, del análisis del dictamen pericial médico se concluye que en la actualidad existe un daño físico comprobable, implicando todo ello la existencia de un daño resarcible económicamente atento a que informa que el mismo es de carácter “parcial y permanente”. En cuanto al porcentaje de incapacidad hallado, la experta concluye que el mismo es de un 25% de la total obrera y la total vida.

Es por todo lo expresado que no corresponde que me aparte del dictamen médico y del porcentaje otorgado por la experta.

Para fijar el resarcimiento por las lesiones padecidas por la víctima, debe tenerse en cuenta su edad a la fecha del accidente, su sexo, condición económico-social, estado físico, vida útil probable, ocupación, grado de incapacidad, etc.; y que la incapacidad sobreviniente se traduce en una disminución de todas las aptitudes de la víctima en sentido amplio, vale decir, que además de la actividad laboral, comprende todo lo relacionado con la actividad social, cultural, deportiva, etc. (doct. arts. 1737, 1738, 1740 y ccdtes. C.C.C.).

2.2. Daño psíquico

Ahora bien y teniendo en cuenta lo ya expresado en referencia al “principio de incapacidad restante”, en cuanto al daño psicológico, de la pericia pertinente obrante a fs. 269/275, surge como relevante –entre otras cuestiones- que: “...El hecho que origina la demanda ocasionó un impacto emocional dando lugar a una reacción psicógena negativa en la forma de vivenciar sus experiencias, su entorno social, debido a que sus déficits funcionales que se derivaron del hecho acontecido que ocasionó dolor en lo corporal se le sumó incomprensión y falta de empatía en sus compañeros dando lugar a un estrés psicosocial. ...el comportamiento actual de la examinada se encuentra teñido de excesiva susceptibilidad, hipersensibilidad a la crítica, actitudes de desconfianza y conductas de aislamiento dado que no percibió apoyo emocional, se sintió sola con sus dificultades sin encontrar soporte afectivo en aquellos que eran sus pares. ...El único apoyo lo encontró en su círculo familiar que la ayudaron con las tareas cotidianas, y en los momentos de dolor incapacitante dando lugar en la examinada un sentimiento de impotencia y desesperanza por el hecho de no encontrar solución definitiva a su problema dado que el médico le habría dicho que es muy difícil que el dolor se revierta en forma total y este la retrotrae a momentos de mucha tensión, angustia”; todo lo cual justifica la experta explicando que se trata de modificaciones habituales en la conducta de quienes sufren un dolor crónico.

Indica luego que: “De acuerdo al DSM V, Manual Diagnóstico y Estadísticos de los Trastornos Mentales, la examinada padece como consecuencia del hecho de autos ‘un Trastorno de Síntomas Somáticos’, (300.82), cumpliéndose los siguientes criterios: A. Uno o más síntomas somáticos que causan malestar o dan lugar a problemas significativos en la vida diaria. B. Pensamientos, sentimientos o comportamientos excesivos relacionados con los síntomas somáticos o asociados a la preocupación por la salud”, lo cual se pone de manifiesto mediante una serie de conductas que describe (ver fs. 273 in fine).

Continúa manifestando que: “Se recomienda tratamiento cognitivo-conductual con el fin de modificar actitudes, cambiar la reacción del paciente hacia el dolor, haciendo que pase a manejable, enseñarle técnicas de afrontamiento y habilidades para adaptarse y responder al dolor, reconceptualizar autoimagen de pasiva-reactiva indefensa activa, competente y con iniciativas, potenciar la autoconfianza. Asimismo se reforzará el trabajo focalizado en sintomatología de miedos y afrontamiento de la situación”.

Considera que el tiempo de duración del tratamiento es de “alrededor de 6 a 8 meses con una frecuencia semanal, 32 sesiones aproximadamente, y el costo estimativo es \$ 700 a \$ 800 la sesión. Se considera en función de los trastornos psicológicos que padece la actora un pronóstico favorable...”, para agregar que “...de todos modos, de no recibir el tratamiento adecuado, el trastorno por dolor podría desencadenar en cuadros depresivos

o de ansiedad”.

Estima un porcentaje de incapacidad del 10% VPI-VPG (valor psíquico integral-valor psíquico global) correspondiendo a un desarrollo reactivo de tipo moderado y, conforme las explicaciones brindadas con posterioridad (ver fs. 298 vta.) de carácter “...parcial permanente...”.

2.3. Conclusión

A esta altura es necesario destacar que ambos informes periciales se llevaron cabo sin deficiencias procesales, contando con el debido fundamento científico y con conclusiones claras, firmes y lógicas, y en tanto no existen otras pruebas que les resten eficacia, sus conclusiones devienen convincentes como consecuencia lógica de sus fundamentos -apreciados según las reglas de la sana crítica- (conf. arg. CCASM causa n° 3987, sent. del 15/04/2014).

En consecuencia, teniendo en cuenta el porcentaje de incapacidad de la total vida, calculado en base a los parámetros del principio de “incapacidad restante”, se arriba a un porcentaje de 32,5% de incapacidad por lo cual considero ajustado a derecho y a los hechos acreditados en la causa admitir la suma de \$200.000 en concepto de incapacidad sobreviniente y daño psíquico a favor de la coactora Nahir Ayelén Herrera Seibane (doct. arts. 1737, 1738, 1740 y ccdtes. C.C.C.).

2.4. Tratamiento kinésico y psicológico

Seguidamente corresponde dar tratamiento al reclamo indemnizatorio en concepto de tratamiento kinésico y psicológico, toda vez que la accionante, tal como se apuntara supra, dentro de los acápite V. B) y D) de la demanda, los solicita expresamente. En este sentido, debe señalarse que para la procedencia de dichos rubros, los mismos deben guardar una relación de causalidad con la naturaleza del daño sufrido (cfr. CCASM, causa n° 3279, sent. del 08/11/12).

Al respecto ya se ha destacado que ambos expertos fundamentan y consecuentemente recomiendan la necesidad de realización de un tratamiento kinésico rehabilitante (en el caso de la perito médica), y un tratamiento cognitivo-conductual -en el caso de la perito psicóloga-.

En el primer caso la experta entiende conveniente un tratamiento kinésico durante el plazo de seis meses con dos sesiones semanales, estimando un costo de \$1.000 cada sesión.

Respecto de una psicoterapia, la perito psicóloga indica su necesidad durante el lapso de seis a ocho meses, con una frecuencia semanal y a un costo de \$ 700 u \$ 800 por sesión. Consecuentemente, teniendo en cuenta lo señalado por ambas peritos, corresponde reconocer a la actora Nahir Ayelén Herrera Seibane una indemnización –en concepto de tratamiento kinesiológico y psicológico- por la suma de \$75.000 que debe desdoblarse del siguiente modo: para tratamiento kinésico fisiátrico \$ 48.000 y psicoterapéutico \$ 27.000.

3. Daño moral (reclamado por la coactora Nahir Ayelén Herrera Seibane)

En cuanto a la indemnización peticionada en concepto de daño moral, cabe recordar, que lo se resarce es el detrimento o la lesión en los sentimientos o en las íntimas afecciones de una persona y que tiene lugar cuando se infiere un gravamen apreciable a ellas o, en general, cuando se agravia un bien extrapatrimonial o derecho digno de tutela jurídica (cfr. SCBA causa B. 56.525, sent. del 13/02/08) siempre que la tranquilidad personal sea menoscabada en una magnitud que supere las molestias o preocupaciones normalmente tolerables. A los fines de su admisibilidad, basta la certeza de que existió, ya que debe

tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -daño in re ipsa-, incumbiéndole al responsable del hecho acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya toda posibilidad de daño moral.

Siendo su naturaleza de carácter resarcitorio, no se trata de punir al autor responsable, de infringirle un castigo, sino de procurar una compensación del daño sufrido (art. 1078 Cód. Civ. y su estimación se encuentra sujeta al prudente arbitrio judicial, no teniendo por qué guardar proporcionalidad con el daño material, pues no depende de éste sino de la índole del hecho generador (cfr. SCBA LP C 96.225, sent. de 24/11/10, SCBA LP AC. 78.280, sent. de 18/06/03 y CCASM, causas nº 3736/13, sent. de 03/10/13, nº 3683/13, sent. de 22/10/13, entre otras), argumento que resulta aplicable conf. arts. 1737 y 1738 del C.C y C.

En referencia a la determinación del monto de indemnización por el agravio moral padecido, conforme al principio de la carga interactiva y dinámica de la prueba, corresponde, en general, supeditarla a la demostración que sobre la magnitud del mismo efectúe el peticionante y, en tal caso, a la prueba en contrario de la demandada (doct. art. 375 del C.P.C.C., aplicable al caso en virtud de los artículos 77.1 y 78.3 del C.P.C.A. ley 12.008 – texto según ley 13.101) (cfr. SCBA LP B 57.021, sent. del 10/10/12, entre muchas otras).

Dicho ello, resulta necesario rememorar en torno al daño moral que su reparación no es mensurable con parámetros estrictamente objetivos ni procedimientos matemáticos, sino que el monto indemnizatorio queda circunscripto a la discrecionalidad del juez (cfr. SCBA LP, L. 46.089, “Romero”, sent. del 4 de junio de 1.991 y L. 58.273, “Lombardo de Di Martino”, sent. del 25 de febrero de 1.997; CC0201 LP, B 77.650, “Iglesias”, sent. del 4 de agosto de 1.994; y CC0002 SI, 92.725, “Paredes”, sent. del 8 de julio de 2.003, entre muchos otros precedentes). En este sentido, tal como reiteradamente lo ha afirmado la casación bonaerense, la fijación del monto de las indemnizaciones por daño moral depende del hecho generador y se halla sujeta al prudente arbitrio judicial, merituando las circunstancias que rodearon el hecho, edad y demás condiciones de la víctima (cfr. art. 1.078 del viejo Código Civil; 165 del C.P.C.C.; y SCBA LP, Ac. 21.311, 21.512, 31.583, 41.539).

En suma, considerando el tipo de lesión y su grado, la condición de permanencia de la misma al modo descrito en la pericia médica de fs. 307/310 y las explicaciones de fs. 331 y fs. 337, teniendo en cuenta también las dolencias físicas que ha debido padecer la accionante como consecuencia del hecho, así como la escasa edad de la víctima -ya que al momento del hecho contaba con apenas 16 años de edad-, resulta adecuado reconocer en concepto de daño moral -y consecuentemente fijar- la suma de pesos \$40.000 en carácter de indemnización por dicho rubro a favor de Nahir Ayelén Herrera Seibane, en tanto valoro que tal monto refleja los sufrimientos espirituales que a la reclamante debió haberle provocado el evento dañoso (arts. 1.741 C.C.C. y 165 C.P.C.C.).

7°) Intereses

Respecto a la tasa de interés aplicable, de acuerdo a los fundamentos dados por la SCBA en autos “Cabrera” (causa C. 119.176, “Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y perjuicios” del 15/6/16) –a los cuales me remito- la misma ha de liquidarse según la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo

debe ser diario con igual tasa, desde la fecha de los depósitos de las sumas hasta el día de su efectivo pago (arts. 7 y 768, inc. "c" Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.) (cfr. JCA 2 SI causa n° 1353, sent. de. 20/02/17, entre otras).

Ello, con excepción de los montos reconocidos en concepto indemnizatorio por tratamientos kinesiológico y psicoterapéutico a los que se hiciera lugar conforme los fundamentos dados supra 6°) 2.4., los cuales no llevarán intereses desde que el perjuicio se produjo, sino que el cómputo deberá practicarse a partir de la notificación de esta decisión judicial, habida cuenta de que las sumas serán percibidas de una sola vez -lo que permitirá su adecuada inversión - y serán aplicadas a solventar erogaciones que todavía no han sido realizadas (conf. Fallos 311:744. C. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala II "Cajal, María Magdalena y otros v. Estado Nacional s/ daños y perjuicios" y CCASM, causa n° 909/07, sent. del 27/04/11, entre muchas otras) (cfr. JCA2 SI causa n° 6160 del 10/10/18).

8°) Costas. Honorarios

En atención al resultado del pleito que se anticipa corresponde imponer las costas a la demandada en su calidad de vencida (art. 51, inc. 1° del C.C.A.) y diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para el momento procesal oportuno.

Por todo lo expuesto, FALLO:

I. Haciendo lugar a la demanda indemnizatoria interpuesta y condenando a las accionadas -Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires y Provincia Seguros S.A., esta última con los alcances dados en el considerando 5°) in fine- quienes deberán abonar: (i) a Sandra Marcela Seibane, la suma de PESOS DIEZ MIL (\$10.000); (ii) a Nahir Ayelén Herrera Seibane, la suma de PESOS TRESCIENTOS QUINCE MIL (\$ 315.000). A ambos importes deberá adicionarse la tasa de interés al modo especificado en el considerando 7°).

II. Imponiendo las costas a ambas accionadas en su calidad de vencidas (art. 51, inc. 1° del CCA).

III. Difiriendo la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para el momento procesal oportuno.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE POR SECRETARIA.

Luciano Enrici

Juez