En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil once, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"H., P. A. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT s/ SUMARIO", expte. nro. 449/10,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 399/05), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 653), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 584/604vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la demandada Provincia del Chubut y por la tercera citada L. C. de S. SA contra la sentencia definitiva nro. 049/2010 del Juzgado Civil nro. 1 de la jurisdicción (fs. 611, fs. 613, fs. 584/604).

La sentencia venida en crisis hizo lugar a la demanda en todas sus partes y condenó a la

Provincia del Chubut a pagar a P. A. H. la suma de $76.000 en concepto de daño material, daño moral y psíquico y gastos terapéuticos, rechazó la excepción de prescripción interpuesta por la demandada y la tercera citada, la aseguradora L. C. de S. SA, rechazó la eximente de responsabilidad interpuesta por esta última, impuso las costas y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

El memorial de agravios de la Provincia del Chubut demandada luce a fs. 636/39.

El primer agravio es el rechazo de la excepción de prescripción, sostiene la provincia apelante que el a quo desestimó la defensa aplicando el art. 1117 del Cód. Civil, pero analizó erradamente la prueba.

Dice que el niño no se encontraba bajo el control de la autoridad educativa en el patio del colegio el día de la explosión de gas, ya que se realizaba un torneo organizado por los alumnos. La dirección del colegio sólo autorizó por Disposición 09/2001 la realización. La presencia docente no revierte esa situación porque solo cuidaba las instalaciones. La responsabilidad es extracontractual, ajena al contrato de enseñanza rigiendo por el art. 1113 del CC y la acción está prescripta.

Segundo agravio, el daño material.

Se probó con la pericia que el actor actualmente está trabajando, casado y con hijos, no pudiendo aplicarse la especulación del Aquo acerca de que la cicatriz facial lo afecta en su vida futura. Se contradice en la sentencia porque reconoce el juez de grado que las lesiones no lo limitan. En la actualidad la lesión estética está subsumida en la incapacidad

sobreviniente si era relevante en el plano laboral y social y en el daño moral si afectaba el espíritu.

La indemnización debe comprender el costo de la operación de cirugía estética o la reparadora de $6.000, caso contrario, es un enriquecimiento ilícito.

El tercer agravio es la creación arbitraria de daño autónomo, los gastos terapéuticos, sosteniendo que está incluido en el daño material, citando doctrina al respecto.

Por su parte, la tercera citada expresa agravios en memorial incorporado a fs. 640/48.

El primer agravio es la desinterpretación del contrato de seguro y la prescindencia de prueba conducente.

El juez de grado confunde dos clases de seguro absolutamente distintos, el seguro de responsabilidad civil que se encuentra normado en los arts. 109 y ss. de la ley 17419 y el seguro de personas, arts. 128 a 156, género al cual pertenece el seguro por accidentes personales (arts. 149 a 152), siendo este último el que contrató la provincia en beneficio de los alumnos.

En el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga a mantener incólume al asegurado por cuanto debe a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato o a consecuencia de un hecho en el plazo convenido, en el seguro de accidentes personales, se garantiza al pago de un capital o de una renta cuando se produce un hecho que afecta la existencia, salud o vigor del asegurado, los seguros de personas no tienen carácter resarcitorio (art. 49, 2do. p., art. 1 in fine, concordantemente con

el art. 51, ap. 3 y el art. 143, ap. 1 agregando que "de ahí que no proceda la subrogación en los derechos contra el tercero responsable –art. 80, p. final- ni las reglas referentes al sobre seguro y al infraseguro, limitadas al seguro de daños patrimoniales.

Se da la arbitrariedad porque la perita contadora omitió acompañar la póliza y el seguro por accidentes personales que convinieron las partes, por ello el juez lo transformó en un seguro de responsabilidad civil y ordenó el pago total por haber omitido acreditar el tope, dice que no hay un límite porque corresponde al otro tipo de seguros. Critica el calificativo de reticente del juez porque la perita para efectuar el informe se dirigió al domicilio de la C. y tuvo a la vista la póliza íntegra y omitió valorar lo que dice sobre las condiciones particulares que resultan de aplicación de acuerdo a la naturaleza del vínculo.

La omisión de la perita de acompañar la póliza completa no puede acarrear la sanción.

Sobre la crítica del juez sobre la falta de denuncia a la aseguradora, dice que frente a un hecho notorio no resulta necesario.

Pide ser revoque el fallo en el punto 3ro.

Hace reserva del caso federal.

Análisis:

Inicio el tratamiento de los agravios por la excepción de prescripción interpuesta por la demandada, Provincia del Chubut.

Con relación a la excepción de prescripción, aun en el ámbito del art. 1113 de CC se excluye, es decir porta su rechazo porque se inició el

reclamo administrativo previo interruptivos, la demanda se interpuso en julio de 2003 (accidente fue el 28-4-2001) nada dijeron los apelantes cuando el juez de grado excluyó diferenciar la norma aplicable al caso, por devenir innecesario habida cuenta que se frena cualquier embate frente a encuadre, dado por el lapso menor que aun no es alcanzada la provincia por la liberación prescriptiva, como pretenden, en contra del cálculo del lapso efectuado por el juez a partir de la conclusión a la que arriba como consecuencia.

Sostuvo la jurisprudencia acorde con la doctrina en la materia que la expresión de agravios debe superar en claridad, en lógica y en diafanidad lo dicho por el juez, además de reunir los requisitos de ley (art. 265 CPCCCh. CNCiv., Sala B, febrero 1987 Maglioco Francisca, Doctrina Judicial Repertorio 1985/9 sum. 1, pág. 492).

Lejos de estas premisas se encuentra el memorial de agravios de la Provincia en punto a la prescripción, que efectúa una afirmación sin atender y mucho menos descalificar los argumentos del sentenciante de grado, que atendió tanto al planteo de aplicación del art. 1113 de CC, que desechó pero no obstante ello desarrolló los fundamentos descalificantes en punto a la excepción de prescripción por la interrupción producida al interponer el reclamo administrativo previo que conforme el Dto. 920 se imponte en forma excusablemente previa, y el lapso transcurrido al momento del hecho, reclamo e interposición de la demanda, que no alcanza mínimamente a los dos años exigidos por el art. 4037 del Código Civil.

Más aún, se tuvo en cuenta el rechazo

del recurso administrativo producido por resolución nro. 128 del 21 de abril del 2003.

Respecto de la postura contenida a fs. 598/y vta., nada se dijo que existe una ausencia de réplica, lo que merece el rechazo del agravio de la apelante.

No obstante, no compartiendo los argumentos de la provincia apelante, entendiendo que responde el establecimiento educacional por el daño producido a un alumno dentro de la institución, salvo que demuestre que el perjuicio se produjo no obstante su falta de culpa, lo que no se dio.

Puedo afirmar según las constancias de autos, que el accidente ocurrió por negligencia, imprudencia, falta de precaución por no haber adoptado las medidas necesarias para que los alumnos y/o docentes no sufrieran daño alguno al concurrir al establecimiento, y no puede afirmarse que ocurrió por caso fortuito o fuerza mayor, ya que ello requiere la imprevisibilidad e inevitabilidad (art. 512 del CC), lo que echa por tierra cualquier planteo eximente.

El establecimiento educativo, la Escuela nro.***, avaló y apoyó el evento deportivo "Gran Malvina" por disposición nro. 09/01 (fs. 209) y lo hizo en cumplimiento de los preceptos constitucionales, que pueden soslayarse por constituir e integrar un mismo objetivo, la educación integral. Bien vale recordar que "La educación tiende, con carácter permanente, a la formación integral de la persona; toma en cuenta tanto su equilibrado desarrollo humano como su capacitación acorde con las exigencias de la sociedad a la que pertenece. La ley garantiza un sistema educativo que provea a las variadas necesidades que surgen de la

evolución de la persona y de la sociedad, previendo eficiencia, calidad y actualización constantes" según los artículos 116, 114 y art. 115 de la Constitución Provincial.

El precepto legal sobre el cual el actor basa la responsabilidad del mentado organismo (art. 1117 del Código Civil), impone una culpa "in vigilando" que no es contradicha por el recurrente.

Dice el profesor Bueres "A partir de la modificación legislativa ya no se presume la culpa de los directores de los establecimientos educativos y se atribuye la responsabilidad al titular del establecimiento educativo al que concurra el alumno.

"Será entonces la persona que detente el carácter del propietario de la institución a la que concurra el alumno dañador o damnificado, el legitimado pasivo de la acción resarcitoria que promueva la víctima del hecho ilícito.

"El concepto de titularidad no debe ser asimilado al de titularidad del dueño del inmueble en el que se desenvuelvan las actividades escolares, sino a la de la persona que regentea la empresa educativa, es decir, quien organiza y desarrolla la actividad en su propio interés aun cuando éste sea el de alcanzar una actividad calificada de altruista o cumplir con la función impuesta por normas de rango constitucional.

"Puede tratarse tanto de una persona física o jurídica, en este último caso tanto privada como pública.

"El nuevo artículo 1117 no efectúa distingos respecto del carácter de la personalidad del empresario extendiendo de ese modo la responsabilidad a las distintas jurisdicciones estatales que presten

servicios educativos.

”Tanto el Estado nacional como el provincial, o municipal podrán ser demandados por los daños sufridos o causados por alumnos que concurran a una institución estatal” (Alberto Bueres, “Código Civil…”, t. 3B, pág. 21/22, ed. Hammurabi-2000).

Se desestiman los argumentos respecto de la atribución de responsabilidad.

En cuanto a la indemnización por daño material, me refiero a la existencia de la cicatriz que porta en su rostro el actor desde el evento dañoso, no resulta eliminada por la circunstancia de haber contraído matrimonio como dice el recurrente y tener un trabajo.

Se impone el resarcimiento frente a la existencia de un daño cierto –la cicatriz- y la existencia de la relación de causalidad, tema firme, no debatido en esta Alzada.

No considero que las aptitudes humanas tengan un valor “per se”, pero sí a título mediato, como herramienta de todo logro, incluido el material, normalmente una lesión que perturba la plenitud biológica –como ocurre con la cicatriz en el rostro- apareja un daño patrimonial que lleva a aplicar las nociones jurídicas con amplitud y elasticidad cuando están referidas a la lesiones en la persona (Bueres, ob. citada, t. 3 A, pág. 103).

Es indiscutible la juventud del accionante y que arrastra con una marca física que está, obviamente, disminuyendo su plenitud biológica e incluso su propio proyecto de vida, por lo que encuentro que no hay argumento válido para modificar la condena por daño material de $30.000 dispuesta en la

sentencia de grado.

En cuanto a la reparación por gasto terapéutico, se entiende que los mismos –futuros- son resarcibles si, de acuerdo con la índole de la lesión, resulta previsible la necesidad de realizar o proseguir algún tratamiento curativo o gasto que permita afrontar las necesidades sicofísicas derivadas de una incapacidad. Además, tratándose de un daño futuro no es preciso la seguridad de que sobrevendrá sino un suficiente grado de probabilidad. Por consiguiente, debe bastar que el tratamiento o intervenciones terapéuticas aconsejadas resulten razonablemente idóneos para subsanar o ayudar a sobrellevar, siquiera parcialmente, las secuelas desfavorables del hecho.

"Si existe seguridad en cuanto a la necesidad de efectuar operaciones o tratamientos para completar la curación, corresponde fijar una suma global a tal efecto, desde que no es aconsejable dejar ello librado a incidente o juicio a ese fin" (citar: elDial.com – AAFC).

Agrego en este orden de ideas que debe bastar que el tratamiento o intervenciones terapéuticas aconsejadas resulten razonablemente idóneos para subsanar o ayudar a sobrellevar siquiera parcialmente, las secuelas desfavorables del hecho (cf. Matilde Zavala de González en "Resarcimiento de daños", pág. 127-128, ed. Hammurabi, 1993).

En la especie, el accionante a fs. 42 y vta. reclama la posibilidad de una cirugía que minimice la cicatriz, pero no considero que ello haya sido planteado como una necesidad integral de la curación, por lo que considero que debe hacerse lugar al planteo del recurrente y suprimir de la condena la cirugía

estética condenada como gasto terapéutico por el magistrado de grado.

Concluidos los planteos, en síntesis, progresó en el presente tratamiento únicamente el agravio respecto de la indemnización por gastos terapéuticos, al que se hizo lugar excluyendo el monto de condena del fallo en crisis.

2. Resta decidir sobre el planteo de la tercera citada, la aseguradora, La C. de S. SA condenada a fs. 604, por decisión en crisis que rechazó la eximente de responsabilidad planteada, teniendo la sentencia la misma condena e idénticos efectos, dentro de los límites del contrato.

Al incoar demanda, la Provincia del Chubut pide se cite en garantía a la hoy recurrente por mantener seguro de responsabilidad civil con el estado (fs. 148vta.). Contestada la demanda la aseguradora a fs. 166 dice que jamás celebró con la provincia seguro de responsabilidad civil, dice que convino según póliza 5290-7560101-01 un seguro escolar gratuito para alumnos de primario que cubre distintas contingencias que describe y otro seguro por accidentes personales colectivo, peticiona la defensa de no seguro.

De la lectura de la pericial contable de fs. 499 surge que tomó conocimiento del siniestro la C. de S. SA el 31 de agosto de 2004, que no tiene celebrado contrato de seguro por responsabilidad civil con la provincia, que la pericial no fue impugnada ni objetada por las partes, circunstancias éstas reconocidas en la sentencia venida en crisis, como el dictamen.

Era carga de la citada acompañar la póliza íntegra. Si bien comparto esta afirmación del

sentenciante de grado, en punto a la carga probatoria de las partes, y me refiero a la demandada que la incorpora al pleito y la tercera citada, no es menos cierto que la pericia es contundente y determinante, más aún cuando no fue objetada por los interesados.

Equivoca en punto a decir que debió demostrar el límite dinerario ante la existencia del seguro de responsabilidad civil cuando efectivamente quedó acreditada la ausencia de dicho seguro de responsabilidad civil, continuando con su equivocado análisis de la pericial echa mano al argumento del hecho notorio, cuando de los registros contables, asevera la perita contadora que con fecha 31/8/04 había tomado conocimiento del siniestro.

No puede ignorarse el dictamen pericial, es un supuesto de excepción al principio general recibido por el art. 386 del Código procesal (art. 390 DJ), cuando se dispensa al juzgador de valorar ciertas pruebas por no ser esenciales ni decisivas en la causa. El dictamen, por el contrario, debe ser considerado, aunque no obligatorio, que es otra circunstancia.

"Son abundantes los fallos y coincidentes las consideraciones que los sustentan, al precisar que las conclusiones de perito no pueden ser dejadas de lado por el juez sin previa exposición de las razones fundadas que estime adecuadas para desvirtuarlas, siempre que la pericia haya sido efectuada (como ocurrió en la especie) en base a los fundamentos técnicos propios de la especialidad de que se trate, máximo, cuando de la causa no surgen elementos objetivos (también como se da en el presente) que permitan llegar a una conclusión contraria a la sostenida por aquel" (ver Carlos Fenochietto, "Cód.

Proc…", T. 2, pág. 690/91, ed. Astrea-99).

"Constituyen defensas propias, pudiendo sostener la aseguradora citada, la caducidad, o la suspensión por falta de pago de la prima o la ausencia de seguros" (ver S. Fassi y C. Yáñez, "Cód. Proc…", t. 1, pág. 583 Ed. Astrea-88).

En síntesis, la aseguradora citada no acreditó la integralidad del contrato suscripto con el Ministerio de Educación, con la Provincia, pero sí consiguió llevar a conocimiento de partes y sentenciante en este pleito que no existía un seguro de responsabilidad civil, como para que lo alcance la sentencia condenatoria; por estos motivos considero que debe hacerse lugar a la defensa opuesta a fs. 166/168.

Por último, agrego que en el ámbito nacional la ley 24830, modificando el art. 1117 del Código Civil, ha instituido un seguro obligatorio a cargo de los "propietarios de establecimientos educativos privados o estatales", que cubre la responsabilidad civil emergente de "daños causados o sufridos" por alumnos; lo cierto es que la norma se limita a implantar dicha obligación sin indicar montos ni condiciones, lo que lleva a pensar que está sujeto a la reglamentación que se establezca la autoridad que corresponda, lo que no emerge de la norma (ver Isaac Halperín "Seguros", pág. 100, ed. Depalma-2001-3era.). Si en la actualidad no se encuentra reglamentado, mucho menos puede imaginarse la existencia de un seguro de responsabilidad civil, que responda por la condena civil dispuesta.

Las costas y honorarios de la instancia de grado deben readecuarse conforme disposición del art. 282 del DJ.

El art. 69 del código procesal establece la posibilidad de eximir al vencido del pago de las costas siempre que el juez encuentre mérito suficiente para ello. Tal posibilidad parte de la idea de que el proceso es un instrumento necesario pero peligroso, que no se maneja sin lesionar un interés ajeno y del cual se ha de soportar el peso si se lo ha provocado sin razón suficiente. Así la exención de costas al vencido reviste carácter excepcional, pues como regla no es justo ni razonable que el vencedor se vea privado del resarcimiento de los gastos que ha debido hacer para lograr que se le reconozcan sus derecho (CNFed. Civ. y Com. Sala III LL1992-C-155). Toda excepción debe ser interpretada restrictivamente y sobre la base de circunstancias objetivas y muy fundadas que demuestren la injusticia de aplicar el principio general. En el caso y dada la vinculación existente en los objetos de la acción incoada, he de seguir el criterio que entiende que la demanda parcialmente admitida no implica un vencimiento parcial y mutuo, pues la pretensión es solo una, en el caso esperaba el actor que la garantía de su crédito no se diluyera por el accionar del demandado (ver Roberto G. Loutayf Ranea, "Condena en costas en el proceso civil", pág. 122, ed. Astrea-98).

En este orden de ideas sostuve reiteradamente que no pueden imponerse las costas del pleito con un sentido aritmético, sino jurídico, ello implica contemplar el principio objetivo de la derrota, "Si la medida del éxito o el fracaso de cada litigante es la pauta para la distribución prudente y equitativa de las costas" (Fenochietto-Arazi "CPCCN", t. I, pág. 280). Encuentro, por consiguiente, que el accionante

obtuvo un éxito en su reclamo que no se ve desdibujado porque un rubro de los reclamados no ha progresado, por lo que mantengo las costas conforme fueron impuestas en la sentencia de grado, a la Provincia demandada vencida.

Los honorarios de los profesionales actuantes en la instancia de grado serán readecuados a los montos de condena conforme lo resuelto en esta alzada, difiriendo la regulación de los mismos para el momento del Acuerdo.

Las costas de la alzada las impongo a la provincia demandada vencida siguiendo el criterio expuesto precedentemente, difiriendo la regulación de honorarios al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Por lo expuesto, propongo:

1. Hacer lugar parcialmente a los agravios de la Provincia del Chubut demandada y a la tercera citada L. C. de Seguros SA, y modificar parcialmente la sentencia venida en crisis, según considerandos respectivos y conforme se dispone seguidamente.

2. Modificar el punto primero y tercero, haciendo lugar parcialmente a la demanda y condenar a la Provincia de Chubut a pagar a P. A. H. $70.000 en concepto de daño material y moral, y hacer lugar a la defensa opuesta por la aseguradora L. C. de S. SA, según considerandos respectivos. Modificar el monto de los honorarios de los letrados actuantes en la instancia de grado difiriendo la regulación para el momento del Acuerdo.

3. Costas de la Alzada a la Provincia

demandada, según considerando respectivo. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) A fs. 636/639vta. expresa agravios la parte demandada mientras a fs. 640/648 hace lo mismo la citada en Garantía C. de S. S.A, a fs. 650 se corre traslado de los ambos recursos, no siendo contestados por ninguna de las apelantes.

I.B-1) La parte apelante demandada a fs. 636/637 funda sus agravios en cuanto el a-quo no hizo lugar a la excepción de prescripción.

Entrando en el análisis traído consideración, el mismo se trata de un accidente sufrido por el accionante en ocasión de un evento deportivo autorizado por las autoridades del Colegio Provincial “Escuela Provincial nro. ***” para realizarse el día 28/04/01 por disposición nro. 09/91, con la presencia de un docente de la institución y que raíz de una explosión ocurrida en el interior del establecimiento, consecuencia de acumulación de gases, el actor, que estaba en el playón deportivo del mismo, sufrió daños de consideración.

De las constancias de autos surge que a fs. 41/vta., pto. 17, el actor en su demanda expone que en cumplimiento de las disposiciones en la Ley Pcial. nro. 920 (actualmente Ley I, nro 18), en fecha 26/09/02 (fecha que emerge del cargo obrante a fs. 17vta. si bien conforme la documental agregada por la accionada la fecha de inicio de las actuaciones administrativas –fs. 745– figura como el 02/01/02, y la que es tomada por el a-quo a fs. 598 - considerando 11ero.) presentada ante la Delegación Región VI del Ministerio de Educación de la Provincia del Chubut, formal reclamo indemnizatorio administrativo expte. admnvo. nro. 2471-M-E-02, solicitando Pronto Despacho (que conforme emerge de fs. 126 fue efectuado en fecha 06/03/03), cumplido los plazos legales contenidos en la normativa de rigor y ante el silencio de la Administración, entendiéndose el mismo como negativa a lo requerido, entabla la presente demanda el día 11/07/03 (fs. 45vta. cf. cargo Sría. Archivo y Adjudicación de Causas).

La demandada no niega expresamente las fechas de inicio ni la de pronto despacho (fs. 143/vta. alegadas por la madre del hoy actor (06/03/03), más aún, advierto que esta última emerge de las constancias agregadas por la propia accionada conforme surge de fs. 126, pto. VII. Prueba –pto. I Documental– fs 2148vta.).

Del análisis del expte. admvo. del día 21/04/03 (fs. 134/135) surge que por resolución nro. 128, la administración, pto. 1ero., basa su rechazo de la reclamación administrativa de la madre del actor, por propio derecho y en representación de el actual actor en autos, por los motivos expuestos. Leído los considerandos de dicha resolución aunado a lo manifestado por la Dirección de Asesoría Legal (fs.

132/133vta.) emerge claramente que la única razón en que la demandada basa su decisión es que la presentación efectuada por la Sra. Barrientos no acreditaba la cuantificación del monto del daño reclamado. Dicha decisión fue publicada en el Boletín Oficial el día 25/05/03 (fs. 140).

El día 28/04/01 ocurrió el accidente que sufriera el accionante, la fecha de inicio en cumplimiento de las disposiciones en la Ley Pcia. nro. 920 (actualmente Ley I, nro 18), el día 26/09/02 (fs. 75 iniciación del expte. admvo. El día 02/10/02 presenta ante la Delegación Región VI del Ministerio de Educación de la Provincia del Chubut, formal reclamo indemnizatorio administrativo, expte. admnvo. nro. 2471-M-E-02, solicitando Pronto Despacho (que conforme emerge de fs. 12 (documental del actor) corroborado a fs. 126 –documental adjuntada por la accionada- fue efectuado en fecha 06/03/03, la decisión administrativa tomada el día 21/04/03 (fs. 134/135) por la Sra. Ministra de Educación bajo resolución ME nro. 128, fue la de rechazar la petición efectuada por la Sra. M. R. ., por derecho propio, y en representación de su hijo menor, P. H. por entender que no acreditaba la cuantificación del monto del daño reclamado (tal como lo había expuesto a la Sra. Ministra, la Dirección de Asesoría Legal el día 20/03/03, bajo el dictamen nro. 81/03 – fs. 132/133). Dicha decisión fue publicada en el Boletín Oficial el día 21/04/03-fs. 140), el accionante -ya mayor de edad- entabla la presente demanda el día 11/07/03 (fs. 45vta., cf. cargo Sría. Archivo y Adjudicación de Causas).

Que, en síntesis y en virtud del análisis de las fechas pormenorizadamente

individualizadas, desde la interrupción que sucedida por el inicio de la reclamación administrativa previa, la fecha de interposición de demanda y el enfoque que le dio el magistrado a fs. 598vta. considerando nro. 11vo. últ. parte, al estimar aplicable el plazo de prescripción establecido por el art. 4037, el a quo se ajustó a la naturaleza que la propia demandante había asignado a su reclamo y a la jurisprudencia de la Corte que ha considerado que esa norma es supletoriamente aplicable en el ámbito del derecho administrativo (Fallos: 307:771; 317: 1437; 320:2289, entre otros), son razones todas ellas por las cuales arribo a la convicción de que han de rechazarse los agravios expuestos por la accionada a fs. 636/637 y confirmar en este sentido la sentencia.

I.B-2) Centra su segundo agravio (fs. 637/639vta.) en cuanto en el considerando 11ero. del fallo, el a-quo determina que el ítem principal a indemnizar es la cicatriz facial sufrida por el actor.

Con el sólo fin de clarificar cualquier duda, advierto que la apelante critica el considerando 12do. y 13ero. del fallo (fs. 598vta./599 y 601vta.) y al análisis del mismo y de la queja he de abocarme.

Sin perjuicio de que advierto que el mismo accionante incluye el rubro en su demanda en el pto. IV, ap. b – fs. 80/vta., teniendo en cuenta que ya he expuesto sobre el principio iuria nuri curia, he de explicitar que es criterio reiterado, y desde larga data expuesto por la suscripta, que la lesión estética debe ser claramente diferenciada del daño moral, ya que tanto la primera constituye un daño material derivado de una desfiguración permanente, e incide sobre las futuras posibilidades económicas de la víctima y sobre

su vida de relación, y la segunda consiste en el resarcimiento de la lesión, a las afecciones íntimas del damnificado y se encuentra circunscripta al plano espiritual (08-03-2000 Sentencia Definitiva, autos caratulados: “O., L. A. c/ C. Hnos. S. y M y Otro s/ Sumario -Daños y Perjuicios”).

Profundizando más en el tema, opino que el daño estético debe ser visible y apreciable exteriormente de allí que ese daño "tiene en el rostro o fisonomía de la persona su máximo exponente"... "...la noción de exterioridad atañe sólo a que la modificación corporal sea perceptible visualmente, sin ser necesario que lo sea normalmente por otros", "se requiere cierta subsistencia o estabilidad temporal de la alteración física, deberán concurrir huellas, vestigios o indicios luego de la etapa de curación y aún a pesar de ésta", "la lesión estética es susceptible de desaparecer o aminorarse a través de cirugía reparadora, la posibilidad de concretarla o inclusive la circunstancia de que a la fecha de la reclamación resarcitoria ya hubiese tenido lugar con éxito, no descarta que deben resarcirse las consecuencias patrimoniales y morales que la lesión producirá o haya producido en el intervalo. Es que no es un requisito de la resarcibilidad del daño su permanencia..." (08-03-2000, Sent. Definitiva, autos caratulados: “O., L. A. c/ C. Hnos. S. y M y Otro s/ Sumario - Daños y Perjuicios”).

En cuanto a la reparación que se persigue en virtud del daño estético ocasionado, he considerado reiteradamente que el mismo constituye un rubro resarcible independientemente del daño moral; se ha dicho que la lesión estética constituye una lesión a

un bien jurídico no patrimonial que, en el orden normal de las cosas, puede provocar perjuicios patrimoniales, de manera tal que implica un daño cierto y real, susceptible de ser reparado y que "cuando la estética y la armonía corporal traída con el nacimiento se ve alterada como consecuencia del accidente, debe ser indemnizada en forma autónoma, ya que constituye un perjuicio diferente de los demás".

Asimismo, tengo especialmente en cuenta que, por un lado, para tener por configurada la lesión estética no se requiere que esta haya producido una limitación funcional y, por el otro, la existencia de las cicatrices descriptas por el perito médico en un hombre de 17 años, 6 meses y 12 días de edad al momento del hecho, teniendo en cuenta su juventud y lo importante que las cicatrices en la cara han de influir en su vida en relación, trae aparejada un indudable perjuicio estético, y aun para la propia visión de su cuerpo en la intimidad, situación injusta que no tiene por qué soportar, y por ende, se debe compensar en la medida adecuada. Unido esto a lesiones y tratamientos que ha de padecer el actor para volver a su figura física anterior al evento dañoso (contestación del perito médico a fs. 449, pto. 2do., donde deja en claro que siempre va a existir una cicatriz en el lugar, aunque menos evidente a lo que se une la detallada información que el mismo perito efectúa de las consecuencia de dicho tipo de lesión (fs. 450/451, pto. 4to.), tornan equitativo el monto indemnizatorio establecido en la sentencia para el rubro considerado (en sentido similar, “M. C. c/ Gas del Estado Soc. del Estado s/ Daños y Perjuicios varios”, causa n° 7356/94; Cámara Civ. Com. Fed. 3; 16/04/98: eldial - af1082).

De la lectura de las consideraciones dadas por el a-quo en cuanto a la lesión estética, surge que ha tenido en cuenta la incidencia en la vida de relación de la víctima de las dolencias verificadas, ameritando que se han dado en el presente caso las circunstancias que ameritan que debe ser indemnizado como rubro autónomo al daño moral. Dicho entendimiento es correcto, ya que la incapacidad sobreviniente de los hechos lesivos e imputables, pueden comprender no sólo la actitud para el trabajo, sino también otro tipo de actitudes físicas de una persona que, aunque no afecten la capacidad laborativa específicamente, provocan un menoscabo que le impide o dificulta tareas consideradas normales en la vida del ser humano (ver Rev. La Ley del 10/03/98, pág. 5, Fallo 96.762) y es este daño el que debe ser indemnizado de acuerdo a los arts. 1069 y 1083 del C.C. y al principio de reparación integral receptado en aquel cuerpo legal.

Dichos entendimientos han sido acertadamente expuestos por el a-quo a fs. 602/603, entendimientos por los cuales deben rechazarse los agravios de la apelante demandada y confirmarse la sentencia en este sentido.

I.B-3) A fs. 638vta./639 apela la accionada porque entiende que el a-quo efectuó una arbitraria creación de daño autónomo en cuanto a los gastos terapéuticos.

He de principiar este punto de mi voto considerando respecto de este rubro y de las circunstancias dadas en autos, que es de aplicación el criterio jurisprudencial que determina que los gastos terapéuticos que han de realizarse en el futuro son resarcibles cuando sea previsible la necesidad de una

intervención quirúrgica. Si se demuestra la necesidad de realización de una operación en el futuro para aliviar las consecuencias del daño naturalmente debe condenarse a la indemnización de éste, en concepto de un daño futuro cierto ("E., C. c/ D. R., R. s/ Daños y perjuicios" - CC0001 - SI 71407 RSD-48-97 S - 14-2-1997. elDial.com - WEF95).

No obstante ello y a la queja de la apelante, he de decidir que asiste razón a la misma en cuanto a que la indemnización por gastos terapéuticos futuros no es un rubro autónomo, sino que está incluido en el daño emergente.

Y en referencia con dicha situación existe conformidad jurisprudencial y doctrinaria que para que sea procedente el pago de la indemnización por daño emergente futuro es preciso que el actor acredite, no sólo la existencia del daño, sino también su cuantía. Ante la falta de prueba respecto de la cuantía de la pretensión, por insuficiencia imputable a la prueba, el reclamo deberá ser rechazado, pues conforme el principio dispositivo el juez no puede estimar prudencialmente los perjuicios demandados, ya que no se han acreditado de ninguna forma los gastos que habrían de insumir los tratamientos, rehabilitaciones y cirugía de pie.

Ello por cuanto opera el principio de evaluación en concreto o de individualización del daño que, como es lógico, gobierna no sólo la determinación de su existencia, sino también la de su composición y valor económico.

Cabe recordar que debe distinguirse claramente entre la acción antijurídica y el daño que eventualmente es su consecuencia: la convicción sobre

la primera no apareja un juicio positivo sobre el segundo. Debe existir certeza del daño, pues no cabe indemnizar perjuicios meramente eventuales o hipotéticos, de modo que el defecto de prueba eficaz debe determinar el rechazo de la pretensión resarcitoria.

Expresa doctrina especializada: "...en efecto, acudiendo al cotidiano lenguaje forense, no basta "tener razón" sino hacerla valer, es decir, explicitarla en el proceso y apoyarla en elementos de juicio suficientes para formar la convicción del magistrado". Es que lo prescripto en el art. 390 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo “A”, se apoya en que cuando no se produce la prueba del quantum teniendo los medios razonables que le permitan acreditar ese extremo, lleva al rechazo de la pretensión, aunque estuviera demostrada la responsabilidad en contrario. En el caso, ningún impedimento tenía el actor de acercar al perito los elementos necesarios para demostrar los montos que insumirían tales reclamos.

Concluyendo la desidia del interesado -omisión de la prueba del quantum-, a pesar de contar con los medios necesarios, que razonablemente, le permitían la acreditación de ese extremo, lleva al rechazo de la pretensión, aunque estuviera demostrada la responsabilidad del contrario y la existencia del daño".

Por las consideraciones efectuadas y la decisión arribada debe acogerse el agravio expuesto por la parte apelante demandada a fs. 638vta./639vta. y, en consecuencia, descontar en la etapa de ejecución de sentencia el monto de condena e intereses fijados por el a-quo por el rubro gastos terapéuticos futuros.

I.C) La citada en garantía Caja de Seguros S.A. (fs. 644vta./648) basa su agravio por entender que el juez desinterpretó el contrato de seguro que la unía a la demandada y prescindió de prueba conducente. Alega que el a-quo confundió dos clases de seguros. Explicita que el seguro de Responsabilidad Civil normado por los arts. 109 y ss. de la Ley de Seguros nro. 17418, es bien distinto al Seguro de Personas prescripto por los arts. 128 a 156, género al cual pertenece el seguro de accidentes personales (art. 149 a 152 de la normativa legal citada), siendo éste último el realmente contratado entre la Aseguradora y el Ministerio de Educación.

Conforme emerge de fs. 139vta., pto. V, del escrito de contestación de demandada, ésta pide la citación en Garantía de la C. de S. S.A. alegando la existencia al momento del infortunio de un seguro de responsabilidad civil con dicha C. de S.

Advierto –en cuanto al actor- que la apelante citada en Garantía C. de S. S.A., en el pto. 5to. de su escrito de contestación, reconoce expresamente, luego de afirmar que ningún siniestro le fue denunciado vinculado a la póliza citada, procediendo la caducidad de su derecho, conforme lo disponen los arts. 46 y 47 de la Ley de Seguros nro. 17418, dicha circunstancia no se trata de una defensa oponible a la víctima, por ser posterior al hecho, formulando reserva de repetir de la demandada todas aquellas sumas que, por vía de hipótesis, debe abonar el accionante.

La circunstancia apuntada hace aplicable, con respecto al actor, la teoría de los actos propios o doctrina de la coherencia que impide a

las partes contradecir en juicio sus propios actos anteriores deliberados y jurídicamente eficaces (en sentido similar, "Morelatto, María Fernanda c/ Mallarsa S.A. s/ Sumario" - Fallo: 98190507 - Primera Cámara Civil - Circunscripción: 1 - Mendoza - 1998/12/01: Corte en Pleno, Magistrados: FARRUGGIA-LORENTE-CITTADINI- expediente: 7479 - Ubicación: S021-296; elDial - MC2DB9).

Como segundo planteamiento, y es éste el que ataca al serle adverso, plantea en el pto. 7mo. (fs. 167) la defensa de no seguro contra la demandada, negando que existiera un Seguro de Responsabilidad Civil a la fecha del hecho dañoso.

Tengo presente el art. 95 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" –Digesto Jurídico- establece la intervención obligada, que en el presente caso y conforme consagra el art. 118 de la LS nro. 17418, está incluida la citada en garantía, ya que esta última normativa dispone que el asegurado puede citar en garantía al asegurador y la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto de éste y será ejecutable contra él en la medida del seguro.

Y es en este contexto, o sea la situación suscitada dentro del proceso, demandada y citada en garantía que he de decidir los agravios de la apelante citada en garantía.

Es criterio doctrinario que comparto expuesto por el Dr. Domingo M. López Saavedra en su obra "Ley de Seguros", pág. 301, edit. La Ley, 1era. quincena de octubre del 2007, que es un principio general del derecho de seguros que la carga de la prueba del siniestro, su causa y que el mismo se halla encuadrado dentro de la cobertura que otorga la póliza,

recae sobre el asegurado, pudiendo el mismo, conforme lo prescripto por el ar. 46, 3er. párr. de la Ley de Seguros, valerse de cualquier medio probatorio o evidencia.

El segundo párrafo del art. 46 de la normativa legal que se viene analizando, impone al asegurado –aquí el Estado Provincial- otra carga u obligación adicional: la de suministrarle al asegurador toda la información necesaria para verificar el siniestro y determinar la eventual indemnización a su cargo, permitiéndole llevar a cabo todas las indagaciones que fueran del caso, dicha circunstancia es igualmente aplicable si el siniestro ocurriera dentro de la órbita del dominio público (aut. cit., ob. cit., edit. cit., pág. 225).

Ha quedado acreditado en autos que el día 26/09/02 (fs. 75 iniciación del expte. admvo. 2471-M-E-02 - 02/10/02), la madre, por propio derecho y en representación del menor, hoy mayor de edad, presenta ante la Delegación Región VI del Ministerio de Educación de la Provincia del Chubut, formal reclamo indemnizatorio administrativo, en el que, después de variadas actuaciones, obra la decisión administrativa tomada el día 21/04/03 (fs. 134/135) por la Sra. Ministra de Educación bajo resolución ME nro. 128, rechazando la petición efectuada por la Sra. M. R. B., por derecho propio y en representación de su hijo menor, P. H. por entender que no acreditaba la cuantificación del monto del daño reclamado. Dicha decisión fue publicada en el Boletín Oficial el día 21/04/03 - fs. 140).

De la prueba pericial contable (fs. 498/499) emerge claramente que la póliza de seguro nro.

5290-7560101-01 firmada entre demandada y citada en garantía es un contrato de seguro de accidentes personales y escolares, no un contrato de seguro de responsabilidad civil, no existiendo en la aseguradora denuncia administrativa por el siniestro de parte de la asegurada (obligación prescripta por el art 115 de la Ley de Seguros nro. 17418 – tres (03) días-, habiendo tomado conocimiento la citada en garantía, recién el día 31/08/04 fecha de ingreso de la demanda (dicha pericia no fue impugnada) situación con lo cual se hace pasible de lo prescripto por el art. 47 de dicha normativa legal, perdiendo el derecho a ser indemnizado, más aún cuando no alegó ni mucho menos probó que existiera en el siniestro fuerza mayor o imposibilidad de hecho sin culpa o negligencia

Por las consideraciones efectuadas y distintos argumentos a los dados por la apelante, haciendo uso de las facultades otorgadas por el principio iuria novit curia, corresponde hacer lugar a los agravios de la citada en garantía L. C. S.A. y, en consecuencia, revocar el pto. 3ero. del fallo haciendo lugar a la excepción de no seguro alegado por la accionada.

I.D) En cuanto a las costas, en virtud de lo resuelto, se hace de aplicación lo prescripto por el art. 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" – Digesto Jurídico-. Respecto a las correspondientes a la imposición de costas a la demandada, es criterio de la suscripta que la noción de vencida ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Con tal base es notorio que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la

procedencia de la pretensión, pues aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber la demandada pagado aquello procedente, razón por la cual se mantienen las de primera instancia parcialmente y en cuanto al actor a cargo de la demandada (cf. Morello – Sosa - Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-B, pág. 112; Cám. Nac. Civ., Sala D, 30/07/82, LL 1982, v-D, p.405). Por ídéntico criterio se le imponen a la demandada las costas de esta instancia (arts. 69 y 282 de la Ley XII, nro. 5, Anexo "A" - Digesto Jurídico-). Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes tanto de primera como de segunda instancia, para el momento del acuerdo, donde serán regulados los mismos teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4 –Digesto Jurídico-).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria, en el caso de coincidencia, la siguiente:

1) Hacer lugar parcialmente a los agravios de la parte demandada planteados a fs. 636/638vta., confirmando parcialmente la sentencia y, consecuentemente, descontar en la etapa de ejecución de sentencia el monto de condena e intereses fijados por el a-quo por el rubro gastos terapéuticos futuros.

2) Acoger los agravios expuestos por la parte apelante citada en garantía C. de S. S.A. a fs. 640/648 y, en consecuencia, revocar el pto. 3ero. de la

sentencia de fs. 584/604vta.

3) Mantener las costas de primera instancia decidida en el pto. 4to. del fallo de la sentencia de fs. 6584/604vta. e imponer las de esta instancia a la demandada vencida (art. 69 y 282 de La Ley XII, nro. 5, Anexo "A" – Digesto Jurídico -). Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, tanto de primera como de segunda instancia, para el momento del acuerdo (arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4 –Digesto Jurídico-).

A la primera cuestión la Sra. Jueza de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Que el Sr. Juez de grado hizo lugar a la demanda entablada por P. A. H. y condenó a la Pcia. del Chubut al pago de la suma de $76.000 en concepto de daño material, daño moral y psíquico y gastos terapéuticos, rechazó la excepción de prescripción de las codemandadas y la eximente de responsabilidad e hizo extensiva la condena a la tercera citada en garantía, L. C. de S. S.A.

Impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios.

Tal decisión es motivo de agravios por parte de la Pcia. del Chubut, quien embate el rechazo de la prescripción y el monto indemnizatorio otorgado por el daño material y moral comprensivo del psíquico y el daño terapéutico.

A su vez La Caja se agravia por el rechazo de la eximente de responsabilidad.

Y he de evitar relatar los fundamentos de los agravios, ya que mis colegas no sólo lo

efectuaron, sino que coincidieron en la totalidad de las cuestiones de fondo que resolvieron; así, refutaron la queja sobre la prescripción acordando con el sentenciante que debía rechazarse, confirmando los montos daño moral y psíquico y rechazaron el rubro gastos terapéuticos.

En punto a los agravios de la L. C. de S. S.A., las prevotantes, admitieron su queja.

Las costas las impusieron en ambas instancias a la vencida y readecuaron los honorarios de la primera instancia.

Y entiendo de las lectura de los votos de mis colegas que la única disidencia es de forma, ya que la Dra. García Blanco, condena a la provincia al pago de $70.000 porque excluye de la indemnización el monto por gastos terapéuticos, y la Dra. Melero manda a descontar en la etapa de ejecución de sentencia la condena e intereses con relación a los mismos gastos.

Y es sobre esta diferencia sobre las que emitiré el voto, con fundamento a lo que dispone el art. 274 CPCCCh que otorga la facultad de no emitir el voto, ya que basta para adoptar decisión “los votos en sentido coincidente de quienes se expiden en primero y segundo término”.

Y seguiré la postura de la Dra. García Blanco, al considerar que la decisión adoptada por la primera votante es la que más se aviene a lo que dispone el art. 167 del CPCCCh e inc. 5° a y e del art 34 en virtud del principio de economía procesal, y así lo resuelvo.

A la segunda cuestión la Sra. Jueza de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Que con relación al punto sobre el que se ha expedido coincide con la Dra. García Blanco.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial de la Dra. Melero, la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar parcialmente a los agravios de la Provincia del Chubut demandada y de la tercera citada L. C. de S. SA, y modificar parcialmente la sentencia de fs. 584/604vta. venida en crisis, según considerandos respectivos y conforme se dispone seguidamente.

2) Modificar los puntos primero y tercero de la sentencia mencionada, haciendo lugar parcialmente a la demanda y condenando a la Provincia de Chubut a pagar a P. A. H. la suma de PESOS SETENTA MIL ($70.000) en concepto de daño material y moral.

3) Hacer lugar a la defensa opuesta por la aseguradora L. C. de S. SA, según considerandos respectivos.

4) Confirmar la imposición de costas de primera instancia y modificar el monto de los honorarios regulados, los que se fijan para el Dr. V. M. C. A., apoderado del actor, en PESOS VEINTISIETE MIL ($27.000), para los Dres. I. A. M. y D. O. H., apoderados de la Provincia del Chubut, conjuntamente, en PESOS VEINTE MIL ($20.000), para los Dres. M. L. B. y M. D. V., apoderados de la aseguradora L. C. de S. SA, conjuntamente, en PESOS VEINTIDÓS MIL ($22.000); para los Dres. J. S. G. P. y C. J. R. M., patrocinantes del perito médico H. D. V., en PESOS DOSCIENTOS CINCUENTA ($250) a cada uno, para el perito médico H. D. V. en PESOS CUATRO MIL QUINIENTOS

($4.500), para la perita médica psiquiatra M. J. B. en PESOS DOS MIL QUINIENTOS ($2.500).

5) Costas de la Alzada a la demandada vencida, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de la Dra. M. L. B. en la suma de PESOS SIETE MIL SETECIENTOS ($7.700) y de los Dres. D. O. H. y C. M. C., conjuntamente, en la suma de PESOS SEIS MIL ($6.000).

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2011
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"