

Responsabilidad De La Escuela Lesion De Un Alumno Cambio De Hora Juego En El Aula Impacto De Pelota De Tenis En El Ojo Perdida De La Vision

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad de la escuela. Lesión de un alumno. Cambio de

hora. Juego en el aula. Impacto de pelota de tenis en el ojo. Pérdida de la visión Se hace lugar al reclamo resarcitorio de los daños y perjuicios sufridos por el accionante al recibir el impacto de una pelota de tenis en su ojo, mientras se encontraba en el aula participando de un ?juego en ronda? aguardando un cambio de hora, sin ningún adulto vigilando; en el entendimiento de que pesa sobre el establecimiento educativo una obligación de seguridad de los alumnos que se encuentran en el ámbito escolar.

Lomas de Zamora, a los 6 días de abril de 2015, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, de este Departamento Judicial, Dres. Carlos Ricardo Igoldi y Javier Alejandro Rodiño con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho, para dictar sentencia, la causa n° 71779, caratulada: "G. L. S. C/ JARDIN Y COLEGIO NUEVO MUNDO S/DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)".- De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes: -CUESTIONES- 1°.- Es desierto el recurso deducido por la citada en garantía? 2°.- ¿Es justa la sentencia dictada? 3°.- ¿Qué corresponde decidir? Practicado el sorteo de ley (art. 263, últ. parte, Cód. Proc.), dio el siguiente orden de votación: Dres. Javier Alejandro Rodiño y Carlos Ricardo Igoldi.- -VOTACION- A la primera cuestión, el Dr. Javier Alejandro Rodiño dice: Que por auto de fs. 358 fue puesta la causa en Secretaría, a los fines de que los apelantes expresen agravios -entre ellos la citada en garantía- , de conformidad y en el plazo previsto por el art. 254 del Cód. Procesal. Notificada debidamente esta providencia a la citada en garantía (ver fs. 362/363), la misma no ha adjuntado la cantidad de copias correspondientes de su escrito de expresión de agravios que obrara a fs. 372/375, motivo por el cual por providencia de fs. 393, se lo mandó a desglosar. De lo dicho, se sigue que dicha parte no ha cumplido con la carga de expresar agravios, correspondiendo darle por perdido su derecho de hacerlo en el futuro. Consecuentemente estimo que debe declararse desierto el recurso interpuesto por la nombrada a fs. 352 y que fuera concedido a fs. 354 (art. 261 del Cód. Procesal). VOTO POR LA AFIRMATIVA.- A la primera cuestión, el Dr. Igoldi dijo que por compartir los fundamentos, VOTO POR LA AFIRMATIVA A la segunda cuestión el Dr Rodino dijo: I) El señor juez titular del Juzgado Civil y Comercial N° 12 departamental, dictó sentencia en estos obrados a fs. 333/341 admitiendo la demanda por daños y perjuicios promovida por L. S. G. contra Jardín Colegio Nuevo Mundo S.R.L. condenando a este último a abonar a la actora en el plazo de diez días de ejecutoriada la presente la suma de \$... con más los respectivos intereses. Impuso las costas del juicio a la demandada vencida (art. 68 del Cód. Procesal) e hizo extensiva la condena en la medida del seguro y su franquicia a la empresa aseguradora Berkley International Seguros S.A. Dicho pronunciamiento fue apelado por la actora a fs. 348; por la demandada a fs. 350 y por la citada en garantía a fs. 352.; siéndoles concedidos los recursos a todos ellos libremente a fs. 354. A fs. 364/371 obra el fundamento de la vía impugnatoria de la actora, el que no mereciera la réplica de la demandada y citada en garantía, por lo que a fs. 396 último párrafo se les dio por perdido -a ambos - el derecho que han dejado de usar (art. 262 del Cód. Procesal). A fs. 376/381 obra la expresión de agravios de la demandada, la que mereciera la réplica de la parte actora a 392/394. A fs. 397 se llamaron autos para dictar sentencia, por providencia que se encuentra consentida. II) DE LOS AGRAVIOS: 1.- De la actora: Se agravia la actora porque el a-quo ha desestimado el rubro pérdida de chance, al no tomar en cuenta la realidad fáctica de las oportunidades frustradas que el actor padece a raíz del evento dañoso, representándose como injusta e insuficiente tal decisión para colmar el principio de equivalencia entre daño y reparación. Agrega, que la figura de la pérdida de chance funge como instrumento acrisolador del daño de la conexión causal. Se agravia también en cuanto a los intereses fijados en la sentencia; solicitando en el caso la aplicación de la tasa activa que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones ordinarias de descuento, por considerar a los mismos más apropiados a los efectos de dar cumplimiento con el art. 622 del Cód. Civil. Considera que una tasa como la pasiva, que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios, no sólo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda. 2.- De la demandada: Se agravia la nombrada en cuanto a que el a-quo no diera tratamiento a la circunstancia descripta en la contestación de demanda, que se trató de un caso fortuito en los términos del art. 514 del Cód. Civil y sumado a la edad del actor al momento del accidente como un menor adulto, pudo el mismo haber evitado el hecho por su parte. A su vez, considera que el a-quo no dio especial tratamiento a la circunstancia descripta que se trató de un juego entre menores adultos (18 años) y que la actuación del actor pasiva o activa, fue ajena a su parte, en los términos de la ley 24.299 de defensa del consumidor y que no se hubiese considerado su exclusiva responsabilidad o de los terceros, a la sazón quienes realizaban

el juego que produjo los daños al reclamante. Finalmente, se queja, por los elevados montos otorgados para resarcir el daño físico y el daño moral; considerando la arbitraria valoración de la prueba para su otorgamiento y la falta de fundamentos fácticos y jurídicos. III) CONSIDERACION DE LAS QUEJAS 1.- De la responsabilidad: a.- La responsabilidad de los establecimientos educativos por los daños causados y sufridos por los alumnos menores cuando se hallan bajo el control de la autoridad educativa, es una cuestión compleja y controvertida, de notoria trascendencia en los tiempos que corren. El tema -claro está-, se ha visto fuertemente reavivado luego de la reforma que introdujo la ley 24.830 al artículo 1117 del Código Civil, norma que ha venido a receptar una serie de cambios sociales importantes en nuestro país, dentro de los cuales la escolaridad, no ha sido ajena en absoluto. Deviene insoslayable destacar, que desde hace ya bastante tiempo ha operado un cambio radical en la dinámica escolar; y ello no puede resultarnos indiferente como no lo fue tampoco para el legislador que impulsó la mentada reforma. La naturaleza del desenvolvimiento escolar ha mutado y hoy podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que de aquella enseñanza personalizada y doméstica, prácticamente no ha quedado nada. El proceso de enseñanza, ha pasado ahora a desenvolverse en circunstancias muy diversas, donde la masividad es la nota más saliente (Andrada, Alejandro, en 'Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos?', en La Ley, 1998-E, 1242,3). Han variado los parámetros de conducta de los niños y las contenciones familiares de los menores, los niveles de respeto y consideración que merecen los docentes por parte de toda la comunidad argentina y particularmente del propio Estado; se comprende entonces que la solución normativa prevista originalmente por Vélez en el original artículo 1117 del Código Civil, fue pensada para otra realidad histórica y para una dinámica social y educacional muy diferente a la actual, que ameritaba la reforma (Pizarro, Ramón D., en 'La responsabilidad del propietario de establecimientos educativos en un acertado fallo?', en LLC 2010 (mayo), 390 y en LL Online). Es por ello que tras el dictado de la ley 24.830, el nuevo artículo 1117 del Código Civil reza: 'Los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo que probaren el caso fortuito. Los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil A tales efectos las autoridades jurisdiccionales dispondrán las medias para el cumplimiento de la obligación precedente?'. La norma, plasma sin lugar a duda un sistema que se hace eco de la realidad educativa actual, en donde la vigilancia de los alumnos no está sometida al control de una persona determinada, sino al de una organización de más o menos complejidad, que impone directrices o instrucciones; se regula de este modo un caso de responsabilidad objetiva agravada, fundada en el riesgo de la empresa, cuyo único eximente es el caso fortuito. No es que la educación sea una actividad riesgosa ni peligrosa, sino que la ley impone a quien presta el servicio educativo de modo organizado -sea un ente público o privado-, el deber de prestarlo sin producir daños (Kemelmajer de Carlucci, Aída, en comentario a ley 24.830 en Bellucio - Zannoni, 'Código Civil, comentado, anotado y concordado?', Editorial Astrea, Buenos Aires 2008, Tomo VIII, págs. 1122). En otras palabras, la reforma hace gravitar sobre el propietario del establecimiento educativo una obligación expresa de seguridad, de resultado, por los daños causados y sufridos por menores de edad mientras se encuentran bajo el control de la autoridad educativa, sólo desvirtuable mediante la prueba del 'casus?.

Y esta única eximente de responsabilidad, refiere indudablemente al incumplimiento de la obligación debido a un hecho imprevisible o inevitable, tal es la lectura que trasunta la ley civil y el modo en que lo considera el derecho judicial (art. 514 del Código Civil). El sistema previsto por Vélez, alude -en rigor de verdad-, a la razonable imprevisibilidad, evaluada conforme a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, por lo que el obligado debe actuar con prudencia en el prever, ya que de lo contrario incurriría en negligencia. Por ello se ha exigido que el acontecimiento sea extraordinario, o sea, que exceda del curso normal de lo que suele suceder, y que tenga -además-, tal envergadura que sea imposible de obviarse. En este sentido, cabe tener presente que la inevitabilidad puede entenderse acreditada cuando el deudor, sin haber obrado con culpa, haya sido impotente para impedir el hecho (conf. Salas, Trigo Represas-López Mesa; en Código Civil Anotado, Tomo 4-A Actualización, ed. Depalma, p. 231). Queda claro entonces, que la nueva ley no se conforma con la prueba de que el establecimiento escolar no pudo impedir el daño con la autoridad que su calidad le confería o con el cuidado que era su deber poner, sino que hace falta la demostración del caso fortuito ajeno al comportamiento de los educandos, o bien el hecho de un tercero extraño a los riesgos cubiertos por la obligación de seguridad. Por tanto, no resulta eficaz a los fines de eximirse de responsabilidad, ni la prueba de ausencia de culpa, ni tampoco la culpa de un tercero o de la víctima (Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J, en 'Tratado de la Responsabilidad Civil?', Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, Tomo III pág. 273). Es que la obligación del instituto de enseñanza de resguardar la seguridad de los alumnos, implica un severo y riguroso cumplimiento del deber de vigilancia. Tal obligación de seguridad consiste en el deber de asegurar la integridad física del menor a través del cuidado y la vigilancia mientras permanece en el colegio y su reintegro a los padres sin daño alguno (SCBA, Ac. 45.606 del 11-8-92, causa n° 89.438 del 28-10-03; Cám. Nac. Civil Sala 'L', LL, del 26-6-97).

Delineada así la cuestión, he de emprender seguidamente el abordaje de los distintos puntos que han sido materia de agravios. b) De la responsabilidad exclusiva de la demandada que fuera atribuida por el a-quo en la sentencia recurrida (arts. 514, 1115 y 1117

del Cód. Civil). A partir de los parámetros señalados precedentemente, no puedo sino concluir en la responsabilidad que le cabe a la institución educativa demandada "Jardín y Colegio Nuevo Mundo S.R.L." en la producción del hecho objeto del reclamo, habida cuenta que si bien esta parte ha invocado la existencia de caso fortuito al que alude el citado artículo 1117 del Cód. Civil (ver fs. 36/46), la participación del actor en el juego y el art. 40 de la ley 24.299 que libera de responsabilidad a quien demuestre que la causa ha sido ajena, no surge de las constancias de autos que alguno de dichos extremos se encuentren acreditados (art. 375 del Cód. Procesal). En efecto, a partir del exhaustivo análisis de la prueba rendida en estas actuaciones -en especial la testimonial-, encuentro acreditado suficientemente, que la lesión sufrida por el actor ha sido consecuencia directa del golpe sufrido en su ojo por una pelota de tenis, en circunstancias en que un grupo de alumnos participaba de un juego en ronda en el aula, mientras se esperaba el cambio de hora. Adviértase que de la declaración testimonial de los testigos M. M. (ver fs. 129/139); G. M. (ver fs. 131/132) y R. A. A. (ver fs. 133), surge sin hesitación, que en el momento de producido el episodio en cuestión, no había autoridad escolar alguna en el aula, y en esa situación un grupo de alumnos se encontraban jugando con una pelota de tenis, pasándosela una a otro, y es en esas circunstancias que la arrojan para atrás impactando la misma en forma directa contra el ojo del actor. Al preguntarles, acerca si había docente alguno, todos son contestes en afirmar que estaban esperando el cambio de hora, y no había autoridad educativa presente. No obsta a la conclusión arribada, lo manifestado por el testigo S. J. G. L. (ver fs. 179/180) en el sentido que el actor se encontraba participando en el juego y que lo vio con una pelota en la mano; en primer lugar porque tal declaración no se condice con lo expuesto por los otros tres testigos presenciales del hecho y a los que me referí en el párrafo precedente; y en segundo lugar porque él como preceptor tenía a su cargo el deber de cuidado para que un juego así no se lleve a cabo en un aula escolar. Por lo demás, adviértase que su intervención resultó a todas luces tardía para evitar que el acontecimiento que origina el reclamo sucediera. Póngase de resalto que encontrándose el menor dentro del ámbito escolar en cualquiera de sus variantes - en el caso en el aula- su vigilancia y cuidado queda exclusivamente a cargo del establecimiento educacional. Por tanto, si durante ese lapso se producen daños como ocurre en el supuesto de autos, hay que pensar primeramente en la ausencia o deficiencia de vigilancia de parte del colegio, pues ninguna duda cabe que las obligaciones a su cargo, encierran tanto el deber de impartir una adecuada educación, cuanto el de brindar la debida tutela y cuidado de los educandos. De eso se trata en definitiva el "deber de seguridad" que impulsó la reforma introducida por la ley 24.830. Y con relación al caso fortuito esgrimido por la demandada en su defensa, no puedo dejar de señalar, que un juego de pelota de tenis llevado a cabo entre alumnos dentro de un aula sin presencia de autoridad escolar, lejos está de la imprevisibilidad o inevitabilidad necesarias para que se configure el "casus?". Adviértase que al no haber presencia de autoridad alguna, no ha podido adoptarse alguna medida de prevención y/o seguridad para evitar el infortunio, sino por el contrario la falta de medidas es lo que no ha podido impedir lo ocurrido, por lo que el colegio debe responder plenamente por el suceso acaecido (art. 1117 del Código Civil, 512 y 902 del Código Civil). No tengo ninguna duda que el establecimiento educacional, debe -en todos sus ámbitos-, tomar todas las precauciones necesarias para brindar un correcto servicio, sea con mayor presencia de profesores o preceptores; a fin de evitar episodios que puedan ocasionar algún daño o perjuicio al alumnado. Cuando los padres envían a sus hijos a un colegio, lo hacen para que éste los forme como hombres y esta formación es imposible a través del "desorden", de la ausencia de contralor que evidentemente imperó en el aula del colegio el día del infortunio (en "Ausencia de Vigilancia en establecimientos educativos", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Editorial la Ley, Año III, N° II, marzo - abril de 2001). Los fundamentos que he desarrollado hasta este punto, me han persuadido acerca de la justicia que revela el decisorio atacado, pues a mi entender resulta clara la responsabilidad que le cupo al colegio demandado en la producción de este incidente; y ello así, por haber incumplido -o cumplido de un modo deficiente-, el deber de seguridad al que se refiere el actual artículo 1117 del Código Civil. Tampoco ha podido demostrar, que se diera el supuesto previsto por el art. 40 de la ley 24.299, pretendiendo la demandada liberarse de responsabilidad por el hecho de que el actor ha participado del juego -circunstancia no acreditada en la especie-. En base a tales consideraciones, he de proponer al Acuerdo desestimar los agravios vertidos por la demandada en la pieza impugnatoria y de que da cuenta la presentación de fs. 376/381; y confirmar el decisorio en crisis, en cuanto a la responsabilidad se refiere, pues -como ha quedado expuesto- no han mediado extremos con particular idoneidad como para eximir de responsabilidad a la demandada.

2.- De los rubros reclamados a) Daño o incapacidad física: Ingresando ahora al capítulo resarcitorio tendiente a reparar el daño físico del actor, y que fuera recurrido por el demandado por considerar elevado el importe de su procedencia, corresponde puntualizar que la indemnización por incapacidad sobreviniente tiene por finalidad cubrir no sólo las limitaciones de orden laborativo, sino también su proyección con relación a todas las esferas de la personalidad, es decir, la disminución de la seguridad, la reducción de la capacidad vital, el empobrecimiento de perspectivas futuras, etc. (Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil Obligaciones" t. IV-A, pág. 120; Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil Argentino Obligaciones", t. I, pág. 150, n° 149, entre otros). Así es que con esta indemnización, se tiende a paliar las ineptitudes o deficiencias físicas o cualquier otra secuela de carácter concreto y permanente que pueda afectar la vida de relación de la víctima

(conf. Trigo Represas-López Mesa en "Tratado de la Responsabilidad Civil", Editorial La Ley, Buenos Aires 2004; Pág. 766 y sstes.). Ahora bien, a fin de medir la incapacidad sobreviniente, los informes periciales, aunque constituyen un elemento importante a considerar, no conforman una pauta estricta que el juzgador deba seguir inevitablemente, ya que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las demás consecuencias que afectan a la víctima. Y digo ello, sin perjuicio de entender que la prueba pericial médica es la fundamental a los fines de formar la convicción sobre la incapacidad física de la víctima, cuestión fáctica eminentemente científica, que no puede ser acreditada a través de otro medio probatorio. En el caso que nos ocupa, las lesiones físicas sufridas por el reclamante, y sus secuelas han sido acreditadas con el informe médico oftalmólogo obrante a fs. 165/167, que mereciera la impugnación de la demandada de fs. 170/171 y que fuera respondida por el experto con total rigor científico a fs. 184/185. También, ha de tenerse en cuenta el informe médico legal que obra a fs. 189/191; toda vez que de la interpretación de ambos podrá desentrañarse la lesión que el episodio de autos, le ocasionó al actor. Del primero de los informes mencionados, surge que el actor presenta una agudeza visual cero de su OI, producto de un desprendimiento de retina que fue reoperado en cinco oportunidades (se le realizaron todas las alternativas terapéuticas posibles actuales), y cuya causa altamente probable haya sido el traumatismo sufrido en agosto de 2009. Aclara que el origen de los desprendimientos de retina en gente joven son en su mayoría por causa de miopía o traumatismos, y este puede ocurrir en el momento del trauma o hasta años después. En base a estos antecedentes estima una incapacidad del 42% según Tabla 1 de Sena (valora la pérdida unilateral de la visión). Del segundo de los informes aludidos, surge que el experto ha constatado un traumatismo de cráneo (región orbitaria izquierda) con cuadro de obnubilación transitorio y trastornos visuales, con posterior desprendimiento de retina. Fue sometido a intervenciones quirúrgicas en el ojo izquierdo, con la finalidad de corregir el desprendimiento de retina y lograr la recuperación de la visión, pero el resultado no fue satisfactorio. Agrega, que como consecuencia del infortunio el actor presenta pérdida de la visión del ojo izquierdo (ceguera) con secuelas estéticas que le dificulta la realización de sus tareas habituales. Pone de resalto que la determinación de la incapacidad surge de la medición de las secuelas detectadas en el examen físico y corroboradas con los estudios complementarios que fueron aportados oportunamente para confeccionar el informe, estimándola: a) agudeza visual ojo izquierdo: cero (ceguera) 42%; b) daño estético (leve ptosis palpebral, opacidad de cornea superior, midriasis media asimétrica, inyección conjuntival): 5%. Teniendo en cuenta la operatoria de la capacidad restante, el experto determinó una incapacidad física residual parcial y permanente de 44,90% (ver fs. 181/191; art. 474 del Cód. Procesal). En atención a lo expuesto, y pese a considerar exiguo el monto otorgado para atender este rubro -probada cuenta el tenor de las lesiones padecidas y las condiciones particulares de la víctima- atento al marco propio del recurso, habré de proponer al acuerdo la confirmación de lo decidido en la instancia de origen, desestimando por ende los agravios que al respecto fueran deducidos por el recurrente (arts. 519, 520, 1068, 1083, 1086 y concordantes del Código Civil y 165 del CPCC jurisprudencia y doctrina citadas). b.- De la pérdida de chance: En el particular, a los efectos de la evaluación de la procedencia del presente rubro, habrá de tenerse en cuenta las lesiones y secuelas padecidas por el actor, como consecuencia del hecho y al que me referí en forma detallada al tratar el rubro incapacidad física. Es cierto que como lo sostiene el a-quo, de la prueba informativa obrante a fs. 205/206 emanada del Jefe de la Delegación del Departamento Judicial de Lomas de Zamora -Dirección General de Sanidad-, surge que el actor es apto para el desempeño de la tarea propuesta; con incipientes factores de riesgo que requieren control habitual y tratamiento médico. Debiendo concurrir en un año para chequeo periódico. También que el nombrado, se encuentra registrado como agente judicial. No obstante ello, a mi entender dicha circunstancia no resulta suficiente a los fines de la desestimación del rubro en tratamiento. Es que, en la chance lo que se indemniza es la privación de una esperanza para el sujeto y no en sí mismo el beneficio esperado. Está en juego una oportunidad que el causante del daño impide. La chance frustrada no importa más que privar a alguien de la oportunidad de participar de un hecho o un evento de resultado incierto, aunque probable en grado serio; importa reclamar la imposibilidad de entrar en la disputa o evento del cual se habría definido la obtención o no del beneficio, de ahí que el monto por el daño y su cuantía se determina por la pérdida de la oportunidad. La "chance" implica una probabilidad suficiente de beneficio económico futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto y que se ve frustrada por el responsable, convirtiéndose así en un daño actual resarcible. Privar de esa esperanza al sujeto conlleva daño, aun cuando puede ser dificultoso estimar la medida de ese daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad es la "chance" y no el beneficio esperado como tal. La "chance" debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, no pudiendo identificarse nunca con el beneficio perdido. En este orden de ideas, y teniendo en cuenta la magnitud de las lesiones padecidas por el actor, la pérdida de la visión de un ojo, su condición de estudiante de derecho (ver informe de fs. 181/182), la edad de 18 años en el momento de producirse el hecho dañoso, y las limitaciones que dicha ceguera puede ocasionarle a los efectos del desempeño laboral futuro, entiendo que el presente rubro debe prosperar; fijando el monto indemnizatorio en la suma de pesos ... (\$...). (Doc. art. 165 del C.P.C.C.) c.- Daño moral Sabemos que el daño moral es una lesión en los sentimientos, por el sufrimiento o dolor que padece la persona, que no es susceptible de apreciación pecuniaria

(Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, Tomo I., pág. 329, párrafo N° 256) y que para probar su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia y la intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o de la decepción" (Bustamante Alsina, Jorge en "Teoría General de la Responsabilidad Civil", 8ª edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 244). En la reparación del daño moral no domina la idea de una pena para el responsable, sino la de compensar, de alguna manera, el daño causado a la víctima. Ahora bien, es tarea delicada la cuantificación de este daño pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo al artículo 1083 Código Civil. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. La dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico, padecimientos propios de las curaciones y actuales malestares subsistentes. Es por ello que su cuantificación queda sujeta, más que cualquier otro concepto, al prudente arbitrio judicial, dependiendo del hecho generador, así como de las particulares situaciones que en cada supuesto se verifican (SCBA, Ac. 42.303, S 03/04/90). Tomando en cuenta las pautas antes señaladas y las probanzas rendidas en autos, especialmente las lesiones sufridas por el reclamante -ya detalladas-, los padecimientos sufridos, las intervenciones quirúrgicas llevadas a cabo sin éxito, las características del evento por el que se reclama y las demás condiciones personales de la víctima; habida cuenta la limitación que el propio marco del recurso me impone y pese a considerar exiguo el monto otorgado en la instancia de origen, habré de proponer al acuerdo su confirmación, desestimando por ende las quejas vertidas al respecto por la demandada (art. 1078 del Código Civil y art. 165 del CPCC).

3) Los intereses : Que en reiterados pronunciamientos nuestra Suprema Corte de Justicia Provincial ha sostenido -con carácter de doctrina legal- que los intereses moratorios deben calcularse a la tasa pasiva usada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en operaciones de depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos; es decir, la misma que el banco paga a sus ahorristas de plazo fijo. (SCBA, C. 101.774, "Ponce; Manuel Lorenzo y otra contra Sagalli, Orlando Bautista y otros s/ Daños y Perjuicios"; entre muchos otros en el mismo sentido). Que durante el tiempo que ejercí liberalmente la profesión de abogado no compartí tal posición, ni la comparto ahora en el ejercicio de la magistratura. (Cfr. mi voto, autos "Aguilera, Azucena Petrona c/El Puente SAT y ot s/Ds y Ps", esta Sala, sentencia de fecha 27 de marzo de 2015 -RSD: 20/15-). Es que, en apretada síntesis, entiendo sinceramente que no pueden sostenerse válidamente la vigencia y el respeto de los derechos constitucionales de reparación plena e integral de las víctimas, ni tampoco reivindicar las facultades inherentes a los jueces de grado de fijar los intereses moratorios según las particulares constancias de las causas a las que son llamados a conocer; si al mismo tiempo se les exige acatamiento a la doctrina antes indicada. (Doc. arts. 15, 17, 33, 41 y 75 inc. 22° de la Constitución Nacional; doc. art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 622 y 1.113 del Código Civil). Los intereses moratorios, como tales, forman parte del concepto de "reparación integral" desde que compensan la privación de la indemnización por el paso del tiempo. En otras palabras, constituyen la forma específica de indemnización por el atraso en el pago de una obligación pecuniaria, o sea que, en principio, reemplazan a los daños y perjuicios que corresponden en el caso de incumplimiento de otras clases de obligaciones (conf. Trigo Represas, Félix A.- Campagnucci de Caso, Rubén H., "Código Civil Comentado", Obligaciones, T.I. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2005, p. 493). De tal modo, si la fijación de la tasa de interés elegida no cumple siquiera esa finalidad, sin duda entonces afecta el derecho de reparación plena al que antes hiciera alusión. Ya hace tiempo nuestro superior Tribunal de Justicia ha sostenido, sobre el punto, que "...Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral (conf. Fallos: 324:2972 y arg. Fallos: 326:2329); ni tampoco si el resarcimiento -derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces- resulta en valores irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible" (CSJN., Fallos 314:729, considerando 4°, 316:1949, considerando 4°, entre otros). Esta misma tesis ha sido adoptada por el nuevo ordenamiento de fondo, al prever que "La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie...", y que "El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación..." (arts. 1740 y 1747 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación). Que, por otro lado, la facultad propia de los jueces de grado para fijar dichos accesorios (art. 622 del Código Civil) también ha sido reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, incluso de la misma Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través del voto individual de algunos de sus miembros. Del mismo modo, tal facultad ha sido incorporada o ratificada -por así decirlo- al texto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cuya vigencia comenzará

a regir en breve, al establecer al respecto que ?...Si no fue acordada por las partes, ni por las leyes, ni resulta de los usos, la tasa de interés compensatorio puede ser fijada por los jueces.? (art. 767 del nuevo ordenamiento). Sentado lo expuesto al efecto de dejar a salvo mi opinión contraria, habré de acatar en este pronunciamiento la doctrina legal antes indicada, es decir, la tasa que abona el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones ordinarias de depósitos a treinta días; sin perjuicio de formular una serie de aclaraciones en torno su futura aplicación en una eventual etapa de ejecución de sentencia. Es que, ante la existencia de distintas ?tasas pasivas' publicadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, entiendo corresponde determinar cuál de ellas deberá ser utilizada para efectuar el cálculo de los réditos devengados en autos, si es que ello procediere. Ello así por cuanto la que obra en el sistema provisto por la Suprema Corte de Justicia para realizar liquidaciones en su sitio web (<http://www.scba.gov.ar/servicios/ContieneMontos.asp>), identificada bajo el nombre ?Tasa Pasiva - Plazo fijo a 30 días en Pesos? no se ajusta -ni por asomo- a la realidad, ni condice con los porcentuales que suelen abonar a sus clientes las restantes entidades bancarias del país, o hasta incluso los que paga el mismo Banco de la Provincia de Buenos Aires por su plazo fijo digital a treinta días, no renovable automáticamente. En efecto, y si bien se mira, desde el año 2010 hasta el mes de agosto de 2013 la tasa pasiva a la que hago referencia (Plazo fijo a 30 días en Pesos) se mantuvo en un -llamativo e inverosímil- 6,5% anual; mientras que la misma tasa, aunque constituida en forma digital, superó durante el mismo período el 15% anual. A su vez, y durante el año 2014, la primera se mantuvo en el orden del 11% anual, mientras que la segunda superó durante el mismo período el 22,50%; alcanzando al mes de marzo de 2015 el 23,32% anual. Conforme se aprecia, los primeros guarismos ni siquiera respetan la tasa de interés mínima establecida por el Banco Central de la República Argentina, aplicable a las imposiciones de este tipo para personas físicas a partir del día 7/10/2014, la que asciende al 22,89% nominal anual. (BCRA, Comunicación ?A? 5640/14). Aquéllos que tenemos un plazo fijo en nuestro haber, o lo tuvimos en los últimos tres (3) años por lo menos, sabemos a conciencia que nadie en su sano juicio -y por su propia voluntad- aceptaría que le abonasen un 6% o 11% anual por tal imposición, por mínima que sea. Es una ficción insostenible, que no puedo avalar conscientemente. Se ha dicho, con atinado criterio, que las sentencias deben hacer mérito de los efectos de esa decisión tanto en el orden particular del pleito resuelto como en el plano general, y que los jueces no pueden desentenderse de las consecuencias de sus fallos (Cfr. CSJN, fallos 313:532; 313:1232); razón por la cual, teniendo ello presente, salvando mi opinión contraria y efectuadas las aclaraciones vertidas precedentemente, es que propicio la confirmación de la sentencia de grado en cuanto a la tasa de interés aplicable al caso se refiere, con la salvedad de que al momento de practicar el cálculo deberá utilizarse la denominada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires como ?Tasa pasiva - Plazo Fijo Digital?. En virtud de las razones y fundamentos expuestos, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales, y no siendo íntegramente justo el decisorio apelado, debe revocarse el mismo con el alcance indicado; es decir, admitiendo el rubro pérdida de chance que se fija en la suma de \$... y la forma de calcularse la tasa de interés. Así lo propongo al Acuerdo. Por ello VOTO POR LA NEGATIVA A la misma segunda cuestión, el Dr. Carlos Ricardo Igoldi por compartir los fundamentos, VOTA EN IGUAL SENTIDO A la tercera cuestión el Dr. Javier Alejandro Rodiño expresa: Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede corresponde revocar la sentencia apelada, con el alcance indicado. Confirmándosela en todo lo demás que decide. Las costas de Alzada deben imponerse a la demandada y la citada en garantía que continúan en su calidad de vencidas (art. 68 del CPCC). Los honorarios profesionales se regularán en su oportunidad (conf. ley 8904). ASI LO VOTO A la tercera cuestión el Dr. Carlos Ricardo Igoldi, por compartir los fundamentos, VOTA EN IGUAL SENTIDO.- Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA En el Acuerdo celebrado quedó establecido que: 1.- Que el recurso de apelación deducido por la citada en garantía a fs. 352 y fuera concedido a fs. 354, ha de ser declarado desierto. 2.- Que la sentencia apelada no es íntegramente justa y debe ser revocada con el alcance indicado. En consecuencia, admítase el rubro pérdida de chance el que se fija en la suma de pesos ... (\$...); y calcúlase los intereses en la forma establecida en el punto 3° del considerando de la presente. Confírmase en todo lo demás que decide. 3.- Asimismo, que las costas de la Alzada, deben imponerse a la demandada y a la citada en garantía que continúan en su calidad de vencidas (art. 68 del C.P.C.C.).- Por ello, consideraciones y citas legales; 1) Declárase desierto el recurso de apelación deducido por la citada en garantía. 2) Revócase la sentencia apelada con el alcance indicado. En consecuencia, admítase el rubro pérdida de chance el que se fija en la suma de pesos ... (\$...); y calcúlase los intereses fijados en la forma prevista en el punto 3° del Considerando. 3) Confírmase el decisorio apelado en todo lo demás que decide. 4) Con costas de Alzada a la demandada y a la citada en garantía apelante quienes continúan perdidosas (art. 68 del C.P.C.C.) 5) Difiérase para su oportunidad la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes (conf. ley 8904). Regístrese. Notifíquese y, consentida o ejecutoriada, devuélvase las actuaciones al Juzgado de origen.- 001397E