

Responsabilidad – “Centro de Día” – obligación de seguridad

Expte. N°: JU-1736-2009 G., M. D. C. C/D., M. E. Y OTROS.- S/ DAÑOS Y PERJ.POR DEL.Y CUASID.SIN USO AUTOM.(SIN RESP.EST.)

N° Orden: 223

Libro de Sentencia N°: 52

/NIN, a los 15 días del mes de Noviembre del año dos mil once, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín Doctores PATRICIO GUSTAVO ROSAS Y JUAN JOSE GUARDIOLA (excusado Dr. Ricardo Manuel Castro Durán), en causa N° JU-1736-2009 caratulada: "G., M. D. C. C/D., M. E. Y OTROS.- S/ DAÑOS Y PERJ.POR DEL.Y CUASID.SIN USO AUTOM.(SIN RESP.EST.)", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Guardiola y Rosas.-

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Doctor Guardiola, dijo:

1) En la sentencia dictada a fs. 528/540 la Sra. Jueza Dra. Morando hizo lugar a la demanda que por daños y perjuicios entablara M. d. C. G. por su propio derecho y en representación de su hija E. L. S., contra Instituto R., sus socios gerentes M. E. D. y M. M. M. y la Directora del Centro M. L. G. y la aseguradora citada en garantía P. S. SA.; condenándolos al pago de \$ 100 a favor de la primera por gastos médicos y de \$ 65.700 (\$5.700 por tratamiento terapéutico futuro + \$60.000 por daño moral) para su hija; todo ello con más intereses a la tasa pasiva desde la fecha del hecho 11-7-2008 y costas (excepto las generadas por pericia ginecológica)

Referido el pronunciamiento a lo acontecido en el establecimiento demandado de atención integral de personas con necesidades especiales,

cuando en el baño de mujeres son sorprendidos E. con otro menor –F. (ambos con discapacidades físico-mentales importantes) quien estaba desplegando sobre ella actos corporales de contenido netamente sexual, la sentenciante consideró aplicable el régimen de responsabilidad previsto por el art. 1117 CCivil. Entendió la sentenciante que dicho suceso no era imprevisible o inevitable para eximir a los demandados de responsabilidad (arts. 513 y 514 del mismo código) sino que por el contrario revelaba un deficiente vigilancia cuando el control debía ser mayor por la salud mental de los educandos (art. 902 cod. cit).

Desestimó la declinación de cobertura de la aseguradora por dolo o culpa grave, señalando que dicha causal está prevista para casos en que existe un incumplimiento inusitado en el que se advierte más una voluntad consciente que un simple descuido; y por la naturaleza delictual del siniestro, ya que la razón de la responsabilidad es el incumplimiento del deber de seguridad asumido contractualmente por el establecimiento educativo y no los hechos provocados por un tercero; citando también la cláusula primera de la póliza según la cual el riesgo asegurado es precisamente la responsabilidad civil que surja de los arts. 1109 al 1136 CCivil. Desecha igualmente la defensa por falta de denuncia oportuna del siniestro, al no resultar oponible al damnificado las que nacen después del siniestro.

Evaluando la pericia psicológica hace lugar al reclamo por daño moral en tanto rechaza el psicológico. No admite tampoco los conceptos daño moral y lucro cesante reclamados por la madre, ni el daño emergente por imposibilidad de acceso de E. a otra institución y la privación del derecho a educación.

Apelaron todas las partes.

En su expresión de agravios de fs. 581/590 los demandados cuestionan en primer lugar que se haya tenido por cierto el presupuesto fáctico de responsabilidad cuando no se delimita, no se precisa y no se explica en que consistieron los referidos actos corporales configurativos de

un supuesto abuso sexual, estando frente a un hecho biológico -por las características especiales de las personas- sin trascendencia normativa. Niegan que ese hecho físico, sin violencia, sin fuerza, sin daño material y sin dirección sobre la menor haya tenido proyecciones dañosas, siendo que Estefanía ya tenía antecedentes de conductas de masturbación compulsiva y un cuadro de esquizofrenia severa con delirios persecutorios. Descalifican las conclusiones de la experticia psicológica por no haber distinguido si las frases que transcribe son producto de un hecho real o una ideación o interpretación delirante. Insisten que no hay pruebas concretas ni verosímiles que ese día se llevaron a cabo prácticas corporales de tipo sexual y que los controles de la Institución operaron de inmediato abortando todo tipo de contacto físico, descartándose por el médico de policía la existencia de lesiones o signos de agresión sexual. Si bien en el encabezamiento del apartado señalan la "Improcedencia del marco jurídico citado (responsabilidad civil art. 1117 CC)" en su desarrollo se limitan a señalar que la ausencia de daño torna inaplicable esa disposición. Luego rechazan que haya existido insuficiencia de vigilancia o falta de seguimiento de los concurrentes que comprometa la responsabilidad subjetiva de la directora, siendo que la profesora F. en forma inmediata, con rapidez y diligencia descubrió la situación y los reprendió. Se disconforman del monto fijado por daño moral al que reputan excesivo y lo aseverado en los fundamentos del fallo en cuanto al incumplimiento de la carga del art. 46 LS de denuncia del hecho a la aseguradora como para dejar abierto un derecho de repetición.

Por su parte tanto la Sra. G. (fs. 591/8) como la Curadora provisoria Defensora Oficial Dra. Guibelalde (fs. 602/3) se quejan por la desestimación de los daños emergente colateral y psicológico de E. La primera también extiende su impugnación a la negativa de los otros dos conceptos por ella pedidos.

Finalmente el representante de la aseguradora se agravia por no haberse admitido su declinación de cobertura cuando se trata de un hecho

originado en delito doloso y además revelar -de estar probado- culpa grave, y por obligar a su representada a responder frente a terceros cuando correctamente se tuvo por incumplido el deber de información del asegurado. Subsidiariamente atacan la responsabilidad encontrada cuando no se ha probado acceso carnal o relación sexual ni daño resarcible y los montos indemnizatorios fijados.

Ejercieron sus derechos a réplica (ver contestaciones de fs. 611/615; 616/619; 620/622 y 623/624). Celebrada la audiencia convocada por el tribunal para que los peritos Psicóloga Bruno y Psiquiatra Villafañe brindaran explicaciones y habiendo tomado contacto personal con Estefanía, las actuaciones están en condiciones de ser resultas.(art. 263 del CPCC).

2) En esa tarea liminarmente cabe señalar que el instituto demandado se trata de un "centro de día". Según el art. 7 inc. g del Decreto 1149/1990 reglamentario de la ley 10592 (Régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas) "Entiéndase por centro de día al servicio creado por entidades públicas o privadas dependientes de una asociación civil sin fines de lucro, con personería jurídica y reconocidas como de bien público que atiende a jóvenes y/o adultos discapacitados en situación de dependencia, egresados de la escuela primaria especial o en edad de haber egresado, sin posibilidades de acceder al sistema laboral protegido y/o a niños que por las características de su discapacidad no se encuentren contemplados en educación especial"; es decir están excluidos de las disposiciones de la ley 26206 (ley de educación nacional) particularmente de la modalidad contemplada en el capítulo VIII de la misma "educación de las personas con discapacidades - Educación Especial-). Por su parte el Decreto 3105/2000 ("Reglamentación de Establecimientos para Discapacitados"), en su art. 26 los define como "establecimiento asistencial multipersonal destinado a la atención de pacientes ambulatorios de las diversas discapacidades, donde se desarrollan tareas de contención, recreación y alimentación. El objetivo de

estos establecimientos donde el residente podrá permanecer durante el día, es evitar internaciones y favorecer el vínculo con su núcleo familiar". Con igual alcance los definía la Resolución 630/1999 del Consejo Provincial del Menor (art. 5 a) ii): "establecimiento asistencial destinado a la atención de pacientes ambulatorios comprende: tratamiento, alimentación y recreación asistida".

Dijo el médico B. en su testimonio de fs. 418: "...no es simplemente un centro recreativo ni de educación puro, es terapéutico en cuanto se atiende la patología de los concurrentes"

En función de ello, su encuadre como "establecimiento educativo", que define pasivamente el ámbito propio de aplicación del art. 1117 CCivil, cabe advertir aparece como una cuestión controvertida. Es que analizando los antecedentes de la ley 24.830 e incluso la expresión "bajo el control de la autoridad educativa" y la exclusión del último párrafo ("nivel terciario o universitario") del precepto, se han sostenido tanto opiniones doctrinarias restrictivas (vgr. Sagarna "Ley 24830: nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos" JA 1997-III-939; "Responsabilidad civil de las guarderías de menores" LLBA 2002,25) intermedias (Reyna en Código Civil de Bueres-Highton To. 3B p. 22 y 31 : "Sí es determinante, en cambio, que se trate de un establecimiento educativo en sentido estricto"; "comprendido en dicho concepto cualquier otro establecimiento que, en forma empresaria , se dedique a impartir formación de tipo educativo a alumnos menores") como amplias (Kemelmajer de Carlucci en Código Civil de Belluscio-Zannoni To. 8 p. 1132 y Loizaga "Responsabilidad civil de los establecimiento educativos" p. 18/19: "...abarca todo tipo de establecimiento público o privado donde se imparta algún tipo de instrucción, cualquiera fuere su contenido").

La sentenciante de grado formula una interesante disquisición por la diversa índole de prestaciones del establecimiento y el daño alegado, señalando que al no estar comprometida su actuación como ente médico

asistencial, de una obligación para cuyo cumplimiento se vale de profesionales de la salud, le resulta aplicable el régimen del artículo.

Al margen que esa subsunción normativa no venga cuestionada recursivamente y que tengo mis reservas a una categorización bifronte en tanto aprecio su actividad aunque compleja inescindible en su entramado obligacional, entiendo la responsabilidad endilgada y decidida en el caso se encuentra sujeta a similares principios y criterios, más allá de algún matiz en cuanto a la regulación legal de la causa ajena como eximente sin incidencia en el presente.

En efecto existe consenso mayoritario que la relación entre el "alumno" y su representante y el establecimiento educativo, y los daños sufridos por aquellos deben ser ubicados en el ámbito contractual (Loizaga ob. cit. p. 35 y 48). Asimismo se trata de una responsabilidad objetiva con fundamento en el riesgo de empresa, por deberes de seguridad y garantía (ver Kemelmajer idem p. 1133; Loizaga p. 58 y ss), con obligación de resultado (en razón de la cual no basta la prueba de la falta de culpa sino que es preciso acreditar la ruptura de la relación causal)

Excluida de ese ámbito legal, no obstante, la obligación de seguridad se la aprehenda ya como tácita y accesoria o secundaria en tanto deber de protección, ya conformando el propio deber de prestación (dado que la principal obligación emergente de la figura contractual es la guarda, vigilancia y cuidado de los asistentes - v. Prevot "La obligación de seguridad y los establecimientos psiquiátricos" en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 533-, cuyas falencias físicas o mentales los exponen a mayores riesgos, inclusive de accidentes por actividad o dentro de un ambiente inocuo para otros -ver Zavala de González Resarcimiento de daños To. 4 p. 682-), en razón de la obligación asumida de tratamiento y por ende como mínimo la preservación de la integridad psicofísica con la que llegan, también debe considerarse una obligación de resultado

ordinaria, generadora de responsabilidad objetiva. Obviamente "esa garantía de incolumidad se integra o complementa con la atribución subjetiva (normalmente culpa, por acción o por omisión de los deberes de cuidado) predicable respecto de esos terceros dependientes" del prestador del servicio en cuestión (Saux "La obligación de seguridad en los vínculos contractuales" en Suplemento especial La Ley Obligación de Seguridad set. 2005).

Incluso quienes consideran que es de base subjetiva, regulada por las normas de las obligaciones de hacer en las cuales opera como eximente la imposibilidad de ejecución (doctr. art. 627 CC; I Congreso Internacional de Derecho de Daños 1989 "en nuestro derecho positivo privado el caso fortuito no es una noción equivalente a la de "falta de culpa"; Mayo "La obligación de seguridad y el factor de atribución" Suplemento citado) tratándose de una relación de consumo (categoría a la que indudablemente pertenece este servicio asistencial- educativo arts. 42 CN 1 y 2 ley 24240 ref. ley 26361 ver Sagarna "Responsabilidad civil del establecimiento educativo para alumnos con capacidades distintas. la eximente caso fortuito" www.laleyonline.com.ar; Gregorini Clusellas "La obligación de seguridad en la relación de consumo y su base constitucional" La Ley 16/12/2010, 1-LTGR on line) también la encuadran en esa esfera (art. 40 LC)

3) Hecha esta breve aclaración y aún cuando no comparto que el hecho en debate haya quedado definitivamente fijado con alcances de irrevisibilidad en esta sede (cosa juzgada) por los términos del pronunciamiento penal, ya que el mismo párrafo a que remite la A-quo de fs. 89 causa 23248/1 acollarada expresa "...se ha podido establecer "prima facie", que el día 11..." no siendo necesario que la sentenciante del otro fuero avanzara más en el esclarecimiento de lo realmente sucedido objetivamente tipificado como abuso sexual en razón de la inimputabilidad

de F., entiendo que la materialidad del suceso, no sólo en cuanto a su esqueleto sino en como se produjo específicamente está suficientemente probado (art. 375 del CPCC).

En efecto, de la declaración testimonial (fs. 421/422vta) de la Profesora F., personal de la institución que intervino directamente, resulta que ese día sorprendió a los menores en el baño de mujeres , ambos con las ropas bajas, F. sentado en el inodoro y E. quedando detrás de la puerta al abrirla. También manifestó (lo que es confirmado por la Psicopedagoga R. fs. 424vta/425) que en forma previa mientras en un salón se desarrollaba el cumpleaños de F. en el contiguo se llevaba a cabo un ateneo de los docentes y profesionales; por lo que como bien concluyó la Sra. Jueza en esa ocasión no había un control en forma permanente de los concurrentes.

Ese deber de vigilancia reconocido por el Dr. B. (ver fs. 418/419) como un cuidado especial que por las patologías de los asistentes debe mantenerse, se revelaba en el caso de F. como imprescindible ya que conforme informe de fs. 51 de la causa penal "manifiesta alteraciones conductuales....Se observan episodios de ...heteroagresiones...se escapa de los talleres desafía normas y límites. Necesitando de restricciones constantes y de control permanente del adulto" En su encabezado se menciona "Alto grado de dependencia"

En la contestación de demanda (especialmente fs. 244 y vta) se admite el hecho aunque relativizándolo en cuanto a sus consecuencias, a tal punto que no se le comunicó a la madre a la que recién se la informó cuando la misma concurrió el día lunes anoticiada por su propia hija.

Del relato de E. a la Psicóloga Bruno que transcribe en su informe a fs. 455 vta., como de la nueva entrevista con los peritos y el tribunal a fs. 658 resulta evidente que si bien no se puede determinar que haya existido un acceso carnal " algo sucedió" y que eso fue traumático para aquella, que lo "tiene presente en su mente" (fs. 456vta) y que no quiere volver a ver a F. Es más de sus propios dichos, valorados con

máxima prevención por sus condiciones mentales pero sin restarle importancia precisamente por su falta de intencionalidad y el auxilio interpretativo de profesionales idóneos para evaluar su veracidad (los peritos Bruno y Villafañe), resultaría que habrían existido dos episodios anteriores similares, uno con el mismo F., que si bien no fundantes de la pretensión aquí en debate, coadyuvan a entender el temor que experimenta hacia aquel (ver fs. 455) como también a valorar el cumplimiento prestacional de la institución.

El desconocimiento de cuanto tiempo con exactitud estuvieron sustraídos del control de quienes debían cuidarlos (sólo contamos con las manifestaciones por cierto interesadas del personal de la institución y de su directora de que se habría seguido en forma casi inmediata a F.) en modo alguno desvirtúa el incumplimiento de la vigilancia que pesaba como obligación de seguridad en forma directa sobre el establecimiento. De haber sido eficiente, acorde a la exigencias agravadas de quienes allí son atendidos, que priven a esta índole de hechos de toda nota de imprevisibilidad (doctr. arts. 512, 514, 902 y 1198 CCivil), jamás personas del mismo sexo debieron haber podido llegar a ingresar juntas en un mismo baño y menos con el lapso temporal necesario para bajarse las prendas y tener contacto físico con o sin acceso carnal, ya sea por violencia o como defensivamente se insinúa en forma "voluntaria", calificativo que aclaro por las condiciones intelectuales personales aquí no cuadra.

Demás está decir que no está en tela de juicio el accionar de F. ni la valoración de los impulsos o instintos sexuales de los concurrentes, que por sus mismas patologías pueden carecer de frenos inhibitorios y autocontrol racional-cultural, ya que como expresó el Dr. Parola a fs. 417 esas situaciones se verifican y "precisamente por esto es que se cuenta con un equipo técnico cualitativamente adecuado y un personal cuantitativamente vasto para esta supervisión", sino la omisión que la

demandada tuvo en la especie en la ejecución del contrato cuya finalidad primordial es brindarles protección psico-física .

4) Se ha responsabilizado también personalmente a la Directora del establecimiento. La acción directa de la víctima contra los dependientes se rige por los principios del derecho común en materia de responsabilidad de naturaleza extracontractual, exigiendo la prueba de la culpa personal (ver CNCiv en pleno Corsetti de Patrignani Irene c/ Martinez Regino y ot" DJ 1993-2-1006; Pizarro-Vallespinos Obligaciones To. 3 p. 160; art. 1109 CCivil) Particularmente en lo referido a la que preveía el art. 1117 CC de los directores "Con la reforma ha finalizado la presunción de culpa de los directores de colegio y maestros artesanos, sustituyéndose por una responsabilidad objetiva de los propietarios de colegio sin perjuicio de la de los docentes por el sistema común, es decir, respecto de éstos la presunción fue derogada" (Loizaga ob. cit. p.179).

Una falla organizacional en la prestación del servicio no significa que personalmente la directora del instituto haya obrado con negligencia ni que ella haya estado ausente cuando debía estar presente o dejara de impartir las órdenes e instrucciones necesarias.

De la plataforma probatoria no surge a mi modo de ver que la Sra. G. a título individual y por la función que desempeñaba fuera responsable directa en la ocasión de la falla en la vigilancia. Es más si se repara en la exposición de los fundamentos fácticos de la acción contra ella dirigida, se advierte que lo que básicamente se le reprocha es la falta de comunicación de lo sucedido y los términos de la conversación que tuvo con la madre el día lunes. Respecto de esto último se desconoce lo que manifestara o si existió una errónea interpretación de su consejo. En relación a la no notificación más allá de que se trata de una conducta ex post facto, esa decisión minimizante de lo ocurrido puede encontrar justificativo en como le fue transmitido, sin perjuicio de lo cual existen declaraciones contestes en que ambos menores fueron reprendidos. Ninguna evidencia se tiene que tuviere conocimiento personal de algún

hecho anterior protagonizado por E. La base presuncional *hominis* para arribar a la valoración de una defectuosa prestación de su tarea como causante del daño y consecuente condena personal resarcitoria la estimo en el caso muy endeble, sólo sustentada en el acontecimiento mismo sin otro indicio de falta de diligencia debida conforme a las circunstancias. He de propiciar en consecuencia el rechazo de la demanda contra ella, con costas de ambas instancias en el orden causado, teniendo en cuenta que razonablemente pudo haberse considerado con derecho a accionar como se hizo (art. 68 segunda parte; 274 CPCC).

5) La declinación de cobertura que pretende la aseguradora en relación al reclamo actoral es inatendible.

El riesgo propio asegurado de estos establecimientos está constituido precisamente por los daños que sus concurrentes entre sí pueden provocarse, sin que la configuración de un posible ilícito penal - inviable además por sus condiciones de inimputabilidad - opere como causal de exclusión de cobertura, en tanto se trataría de un hecho de un tercero.

Tampoco estamos frente a un supuesto de culpa grave en los términos del art. 70 LS. Recordemos que la misma " no se trata de culpa en el cumplimiento de obligaciones contractuales sino de una formulación que responde a la técnica específica del seguro que requiere una delimitación del riesgo para poder funcionar eficazmente, que opera por descripción de situaciones técnicamente no asegurables que resultan por el contrato recortadas del riesgo genérico asumido por el asegurador" (Roullón-Alonso " Código de Comercio" To. II p. 116)

La no evitación de un suceso como el que nos ocupa, los defectos u omisiones en el cuidado de los que asisten a estos establecimientos, generan una situación de riesgo que por eso objetiva la responsabilidad del titular (de ahí la reforma del art. 1117 CC y la obligación de contratar seguro) que de ninguna manera lo sustrae de su cobertura, a menos que se demuestre una falta de diligencia extrema, grosera que exteriorice una

despreocupación tal en la que no se hubiera incurrido de no existir seguro, un agravamiento del riesgo normal o propio de la actividad con conciencia de ello equiparable a la culpa con representación del riesgo penal. Y aquí nada de esto se observa. Se produjo nada más ni nada menos que un siniestro que corresponde al riesgo asegurado.

Tratándose de un seguro de responsabilidad civil, el incumplimiento de la carga de denuncia del siniestro que impone el art. 46 LS (objetivamente apreciada como inobservada en el fallo en revisión, con criterio que comparto, al menos a partir del anoticiamiento de la causa penal) como defensa nacida con posterioridad al siniestro resulta inoponible al damnificado (art. 118 LS; ver Rouillón-Alonso ob. cit. p. 89 y 176).

6) Siguiendo con lo indemnizatorio, he de ocuparme de los distintos daños reclamados sin seguir el orden en cuanto a la suerte que han corrido o la titularidad del perjuicio.

a) El daño moral de la madre y la hija

En la sentencia se rechazó este concepto resarcitorio reclamado por la Sra. G. al considerarla damnificada indirecta y se receptó el rubro en relación a E. cuantificándolo en \$ 60.000.

En primer lugar cabe señalar que "El acreedor es el único titular de la acción resarcitoria por daño moral que deriva del incumplimiento obligacional (contractual). Es una consecuencia lógica del principio de la relatividad de las convenciones que surge claramente de nuestro Código Civil (arts. 503,1195 y concordantes) " (Pizarro Daño moral p. 247) Entonces para los damnificados indirectos rige similar restricción ya sea por el art. 1078 - invocado- como por el art. 522 -aplicable-.

Pero la madre no es aquí un tercero sino una acreedora contratante.

En los contratos que los progenitores celebran en cumplimiento de las obligaciones legales emergentes de la patria potestad "no puede sostenerse que los padres actúan como representantes, pues a través de

esos negocios, están cumpliendo con deberes que le son propios" (Bossert "Contratos en interés del hijo menor" La Ley 1991-B-774). Así, "...la relación contractual puede explicarse como "estipulación a favor de tercero", en el cual "estipulan" los progenitores o representantes, el "promitente" es el establecimiento educativo y el "beneficiario" es el educando (Agoglia, Boragina y Meza "Responsabilidad de los directores de colegio" en Responsabilidad por daños en el tercer milenio p.613). Este último será por tanto, un tercero interesado a quien alcanzarán los efectos del contrato, lo que significará que los daños inferidos en virtud del mismo deben ser considerados contractuales...Señala bien Díez Picazo "En los casos de incumplimiento o de imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al promitente, el beneficiario dispondrá de las acciones de resarcimiento de daños que deben considerarse regidas por el régimen de responsabilidad contractual" (Carlos A. Hernández "El contrato de prestación de servicios educativos privados" Responsabilidad civil y seguros" 2007 p. 541 comentando un fallo de este tribunal en el cual sin aclarar la cuestión se incluyó en la cita legal el art. 1078 CC).

En suma, madre e hija están alcanzadas como damnificadas directas en el daño moral que provocara el incumplimiento contractual.

En otro orden de ideas y respecto a la configuración del daño moral en disminuidos mentalmente, cabe recordar lo dicho por Zavala de González (ob. cit. To. 2A n°149) de que es un error requerir "discernimiento" para experimentar "sufrimiento". El discernimiento se ciñe a la esfera intelectual. El daño moral se proyecta también a la esfera volitiva y afectiva de la persona. Que sufrimiento en sentido jurídico no equivale siempre a sufrimiento síquico. Sufrir moralmente no es sólo *sentir* un dolor, sino *soportar un daño espiritual*, lo que trasciende ampliamente la órbita de las efectivas sensaciones afectivas de la persona. Y por Pizarro (idem p. 273): "El sólo disvalor subjetivo producido, que se determina por comparación entre la situación que la víctima tenía antes y después del hecho dañoso, alcanza para configurar el daño moral"

A la misma conclusión arribaron las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984): "Es indemnizable el daño moral causado a personas que carecen de discernimiento"

Dicho esto considero que las repercusiones negativas anímicas y espirituales de la madre, desde su preocupación por un posible embarazo hasta que el mismo fue descartado; la ausencia de un cabal conocimiento de lo realmente ocurrido, sus preocupaciones por los temores que experimenta su hija a la figura de F. y por las dificultades de reorganizar su cuidado y proseguir con un tratamiento/readaptación de su hija para el desarrollo de sus potencialidades de por sí limitadas, configura una merma de contenido extrapatrimonial que guarda una directa relación con el incumplimiento contractual de la institución demandada que, con su omisión, generó una alteración disvaliosa del equilibrio familiar y personal de la estipulante que debe ser reconocido. Propongo por ello reconocer este rubro por la suma de \$ 20.000

En lo que hace a E., de la pericia psicológica (fs. 455/457) resulta claramente lo traumático de la significación de lo sucedido y de la audiencia celebrada en este tribunal sus deseos de no estar donde esté F. y la pérdida que significa desde lo social el no poder seguir yendo a la institución o como la llama colegio. No puede soslayarse tampoco que el hecho en sí no tiene relación con el resto de su conducta, particularmente en lo referido a lo sexual, ya que como expresó el Dr. Villafañe (ver fs. 658vta.) comportamientos de la índole manifestada (vgr. masturbación) son exteriorizaciones propias de impulsos y deseos en esa esfera de personas de sus características. Por todo ello y valorando también la necesidad admitida de un tratamiento psicológico - que adelanto he de propiciar se mantenga- pero también los efectos favorables que del mismo razonablemente se puede esperar, en la difícil tarea de cuantificar un daño ajeno por definición a lo patrimonial, tratando en lo posible de restablecer el estado jurídicamente el estado anterior en ese ámbito, sin

enriquecimientos para el damnificado o los obligados, propongo se reduzca la suma otorgada a la de \$ 40.000.

b) Daño psíquico y gastos por atención psicoterapéutica futura

En la sentencia al no considerarse configurado el primero se lo desestimó y se admitió el resarcimiento de los segundos valorando el tiempo y frecuencia sugeridos por la perito Bruno y la cobertura de la Obra Social PAMI, por la suma de \$ 5.700.

Estimo correctas ambas decisiones.

El daño psíquico supone una perturbación patológica, de base orgánica (cerebral) o por lesión psíquica stricto sensu (neurosis), de la personalidad de la víctima que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente (Zavala de González idem To. 2A p. 193 y ss), que conceptualmente a diferencia del moral -que altera un estado-, compromete una función (CC0002 SM 40854 RSD-34-3 S 27-2-2003 JUBA B2002493). Por eso Mariano Castex habla de disfunción o disturbio del equilibrio psíquico pre-existente.

Como bien explica Ricardo E. Risso ("Daño psíquico. Delimitación y diagnóstico. Fundamento teórico y clínico del dictamen pericial" Cuerpo médico forense CSJN) El trastorno debe implicar una *minusvalía respecto de las aptitudes mentales previas*, debe ser *novedosa* en la biografía del paciente, ya sea porque antes no estaba (inérita) o porque a causa del evento se han acentuado significativamente los rasgos previos, de modo tal que ahora pueden ser valorados como "enfermedad" nueva; no puede ser diagnosticado en base a un sólo síntoma o algún síntoma aislado y deberá ser permanente o jurídicamente consolidado.

Si es accidental o transitorio y con tratamiento terapéutico existe alta chance (probabilidad) de su remisión, a nivel resarcitorio su costo por el tiempo necesario estimado pericialmente, será una de las pautas valorativas concluyentes del juez para ponderarlo económicamente, pudiendo llegar a absorber íntegramente el concepto (más allá de las diferencias de abordaje como daño emergente futuro o incapacidad

sobreviniente, o como concepto autónomo). En este sentido numerosa es la jurisprudencia que estimando que de lo contrario se llegaría a la duplicidad resarcitoria, circunscriben a dicha erogación la indemnización, sin incurrir en contrasentido alguno.

Personalmente entiendo que no debe sentarse al respecto una regla inflexible. En determinadas circunstancias, infiriéndose del informe pericial la posible existencia de secuelas o remanentes incapacitantes, es decir el carácter paliativo del tratamiento o su implementación tardía, no se incurre en la apuntada demasía indemnizatoria sino que se respeta el principio de reparación "integral", ponderándolo adicionalmente.

"Cuando se trata de un daño que va a desaparecer con el tratamiento psicológico se podrá resarcir el daño, o el tratamiento, precisamente para no acordar una doble indemnización. Cuando se trata de un daño permanente, la víctima tiene derecho no sólo al resarcimiento de la secuela incapacitante sino también al reconocimiento de un tratamiento que la ayude a sobrellevar aquélla y a paliar en alguna medida sus efectos." "El hecho de que se haya concedido una suma por daño psicológico no es obstáculo para que se otorgue otra para el tratamiento psicoterapéutico dado que no se produce una duplicación de la indemnización que suple la minoración. El tratamiento apunta a evitar el empeoramiento de unos estados psicológicos de gravedad, y en todo caso a conseguir un progreso en la salud, pero no a recuperarla totalmente "(CC0001 LM 408 RSD-14-3 S 29-9-2003 JUBA B3350371; IDEM 372 RSD-18-3 S 21-10-2003 JUBA B3350448)

Ahora bien, en el caso de E. no es razonable omitir las condiciones personales previas ni el hecho que la afección psíquica puntual detectada (temor presente - punto f y g fs. 456vta.) llegue o no a conformar un daño psíquico stricto sensu (con las notas tipicantes mencionadas) si bien hace procedente la terapéutica especial aconsejada no existe elemento pericial de juicio alguno que permita concluir que con su realización no se logró restablecer su equilibrio preexistente.

Tengamos presente que *"Fuere necesario o simplemente beneficioso, como señala -con este último término- la experta, el principio de reparación integral exige reconocer todos aquellos gastos que deba afrontar la víctima del ilícito para lograr su recuperación más plena de los padecimientos resultantes del hecho (arts. 1083, 1086 Código Civil); de manera que si un tratamiento terapéutico resulta conveniente a tal efecto ninguna objeción cabe a que se disponga su resarcimiento"* (CC0203 LP 92968 RSD-78-00 S 13-4-2000, JUBA B3532769)

En síntesis, el tratamiento está justificado pero no un daño ontológica y jurídicamente anexo y complementario.

En cuanto a su cuantificación la Sra. Jueza se atuvo al tiempo sugerido como mínimo y al costo de sesión promedio, computando la existencia de obra social PAMI. Ello sin perjuicio que *"Respecto al costo del tratamiento psicológico, el actor tiene derecho a elegir al profesional que lo realice sin estar atado al que pueda imponerle su obra social, estando limitado el alcance de esta elección sólo en sus derivaciones económicas, dado que las cifras que se autorizan responden a un arancel medio, corriendo por cuenta del damnificado todo costo que supere ese marco"* (CC0002 SM 43287 RSD-37-98 S 26-2-1998 JUBA B2001012).

c) El denominado "daño emergente colateral"

Bajo este ítem se reclamó por el impedimento de acceso de E. a otra institución para niños mental o físicamente impedidos.

La Dra. Morando, tratándolo conjuntamente con el lucro cesante alegado por la madre, lo desestimó por no guardar relación causal adecuada en los términos del art. 520 del Código Civil.

Sin menoscabo de lo que apuntaré en el siguiente apartado, comparto el criterio de que este concepto no es indemnizable.

Ello por cuanto además de no haberse probado adecuadamente que se trata de un perjuicio cierto tampoco puede considerarse incluido en la trama contractual como un efecto propio del incumplimiento obligacional.

En efecto, más allá de las declaraciones testimoniales rendidas, no hay constancia fehaciente que no exista otro establecimiento que pueda satisfacer la atención y tratamiento que E. precisa.

Por otra parte no puede ponerse en la cuenta de R. la ausencia (o la falta de vacantes para su ingreso o que no brinden prestaciones similares de objetiva conveniencia) Su obligación como institución privada no alcanza - ni siquiera implícitamente- al déficit de atención de personas que sufren discapacidad, siendo éste un servicio que debe ser garantizado por el Estado.

d) Lucro cesante de la Sra. G.

En relación a este punto, también desestimado, mi opinión es diferente.

Para aclarar porqué considero que el mismo está enlazado causalmente con el incumplimiento contractual estimo útil comenzar con algunas precisiones

"Nosotros pensamos, con Alterini, Ameal y López Cabana que cuando el art. 520 del Cód. Civil hace referencia a las consecuencias inmediatas y necesarias 'no alude a dos categorías distintas (...) sino a una única categoría con un doble adjetivo: consecuencias inmediatas-necesarias. Se consideran tales a las incluidas en el plexo obligacional conforme a la directiva de la buena fe del art. 1198 del Cód. Civil, que resultan conocidas o conocibles por el deudor, y que abarcan de tal manera todo lo que expresa o tácitamente forma la trama obligacional del convenio. Vale decir, se trata de las que derivan del hecho del incumplimiento en si mismo, suceden según el orden regular y son intrínsecas al contenido del contrato; esto es a la obligaciones nacidas de él por declaración expresa o tácitamente según la pauta de buena fe probidad, que son los contenidos conocidos o conocibles por el otro contratante' " (Pizarro- Vallespino idem p. 171)

"La distinción entre consecuencias inmediatas y mediatas no equivale a la de daños intrínsecos y extrínsecos. Esta segunda distinción

atañe a la índole de los bienes sobre los que recae el menoscabo, pero no es pertinente en materia de relación causal, la cual se conecta con la previsibilidad de los resultados dañosos y no con cuales sean los bienes lesionados....en la práctica muchas de las consecuencias inmediatas recaerán sobre el objeto de la prestación incumplida (es decir coincidirán con daños intrínsecos) pero es factible que no ocurra de esa manera. Por ejemplo, si una empresa de transporte extravía el equipaje del viajero, constituyen consecuencias inmediatas tanto la pérdida de su valor (daño intrínseco) como las erogaciones efectuadas para adquirir elementos en su reemplazo para el uso del acreedor en el lugar de destino (daño extrínseco) " (Zavala de González Resarcimiento de daños To. 4 p. 267/8; Pizarro-Vallespinos idem p. 172/3; voto del Dr. Bueres en plenario Civil La Ley 1990-B, 470) Ello al margen de que cierta corriente incorpora al concepto de daño intrínseco además del valor del objeto de la prestación, todo perjuicio que se proyecte sobre él, comprendiendo la utilidad que ese objeto hubiera producido (lucro cesante) (Alterini "Responsabilidad civil, límites de la reparación civil" num 157 p. 129/130)

"Tampoco las consecuencias inmediatas y mediatas equivalen a la distinción entre daño emergente y lucro cesante...también el lucro cesante puede ser una consecuencia inmediata...la distinción entre perjuicio emergente y lucro cesante atañe a la composición del daño patrimonial, sin vinculación con el problema causal: uno y otro pueden ser consecuencias inmediatas o mediatas" (Zavala de González idem p. 268/9; en el mismo sentido Abrevaya " El daño y su cuantificación judicial " p. 300). "[Considero que la noción de consecuencia inmediata -amén de la precisión dada por el art. 901, primera parte, cuando alude a "la consecuencia de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de cosas...", es, con mayor latitud aquella que deriva del incumplimiento mismo (hecho originario) o de la conexión con otro hecho que "invariablemente" acompaña a dicho incumplimiento (o hecho originario) -cfr. Llambías, Jorge J., ob. cit., parte general, Ed. 1967, núm. 1409, p. 277:

Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar J. y López Cabana, Roberto M., ob. cit., t. I, núm. 492, p. 243-). De tal forma, con ese concepto de inmediatez, el lucro cesante puede tener lugar en un mayor número de casos, o sea, cuando la previsión normal -derivación del curso natural y ordinario de las cosas- puede considerarse de "primer grado" "lato sensu" (hecho originario o hecho conexo invariablemente unido a aquél)..." (del voto citado del Dr. Bueres)

"En suma: las consecuencias inmediatas y mediatas en el incumplimiento obligacional pueden plasmarse en un daño intrínseco o extrínseco (o en ambos); en daño emergente o en lucro cesante (o en ambos) y en el daño moral. La relación de causalidad y la extensión del resarcimiento son ajenas al contenido del daño, que se encuentra en un plano distinto" (Pizarro-Vallespinos ob. cit. p. 173).

Bajo tales pautas, entiendo que no es ajeno al consentimiento negocial y por ende incluido en la plataforma contractual, el conocimiento por parte de R. que a través del servicio que presta facilita a los responsables del cuidado de los disminuidos en sus capacidades cierto tiempo o margen para el desempeño de una actividad lucrativa y que todo causa de incumplimiento de su parte que provoque una terminación inesperada de aquél repercutirá directa e inmediatamente en esa fuente generadora de recursos, como una merma por el tiempo necesario para el reacomodamiento a esa nueva situación no provocada por el cocontratante (arts. 1137,1198 CCivil).

En función de ello y prestando tareas de servicio doméstico la Sra. G. que debieron ser interrumpidas para regresar al cuidado de su hija al no poder continuar mandándola al instituto ("dejó de trabajar para cuidar a su hija porque ella trabajaba cuando la nena iba a la escuela" testigo S. fs. 427), con un ingreso mensual denunciado por su pareja el Sr. L. de \$ 600 (fs. 432vta), lo que parece razonable de acuerdo a las reglas de la sana crítica, y computando un año como lapso suficiente para reestructurar su desempeño laboral a la nueva realidad (v. Mosset Iturraspe-Piedecasas "Responsabilidad contractual" p. 359), propongo

admitir la procedencia del rubro por la suma de \$ 7.200 (arts. 384 y 165 n fine CPCC).

e) Gastos médicos

Para finalizar el apoderado de la aseguradora Dr. León R. Alvarez cuestiona los \$100 fijados por el rubro.

Como bien reconoce dicho importe es "mínimo".

Aunque tenga obra social y no existan comprobantes de tales erogaciones, el mencionado importe debe ser mantenido, ya que la consulta ginecológica posterior al hecho y la provisión de cualquier medicamento para su hija (incluso de los que antes bien pudieron ser suministrados por médico en el instituto) dan respaldo a una erogación por esa suma.

7) Las costas de Alzada, en función del éxito obtenido postulo sean soportadas de la siguiente forma: Por las demandas que prosperan: en un 85% a cargo de los demandados obligados y la aseguradora y en un 15% a la parte actora; Por la exclusión de cobertura: Las de asistencia letrada de las actoras a cargo de la aseguradora y las restantes en el orden causado (arts. 68 y 71 del CPCC).

ASI LO VOTO.-

El Señor Juez Doctor Rosas, aduciendo análogas razones dio su voto en igual sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION el Señor Juez Dr. Guardiola, dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC, corresponde:

I.- RECHAZAR la acción contra M. L. G. Costas de ambas instancias por su orden

II.- CONFIRMAR la sentencia apelada en lo restante con las siguientes modificaciones: a) reducir el monto por daño moral a favor de E. L. S. a la suma de \$ 40.000 b) Admitir el daño moral reclamado por M. d.

C. G. por la suma de \$ 20.000 y el lucro cesante reclamado también por ella por la suma de \$ 7200.

III.- Las costas de Alzada, por las demandas que prosperan: en un 85% a cargo de los demandados condenados y la aseguradora y en un 15% a la parte actora y por la exclusión de cobertura: las de asistencia letrada de las actoras a cargo de la aseguradora y las restantes en el orden causado.

IV-Atento la nueva situación procesal del juicio -art.274 del CPCC., -SE FIJAN los honorarios de los letrados intervinientes en primer instancia por el rechazo de la acción contra L. G. como sigue: al Dr. MARIANO JUAN GARELLI en la suma de \$9.800 (PESOS NUEVE MIL OCHOCIENTOS), al Dr. ESTEBAN MARIANO TORRENS, en la suma de \$4.900 (PESOS CUATRO MIL NOVECIENTOS), a la Dra. MARIA AGUSTINA CABASSI en la suma de \$4.900 (PESOS CUATRO MIL NOVECIENTOS) (art.16, 23 y 28 dec.Ley 8904); por las labores desarrolladas en esta Alzada, SE FIJAN los honorarios del Dr. MARIANO JUAN GARELLI en la suma de \$2.940 (PESOS DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA), al Dr. ESTEBAN MARIANO TORRENS en la suma de \$1.470 (PESOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA), a la Dra. MARIA AGUSTINA CABASSI en la suma de \$1.470 (PESOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA), con mas todas las sumas el 10% que establece el art.12 inc.a) de la Ley 6716 (art.31 Dec.Ley 8904).-

V-En cuanto a los honorarios regulados en la sentencia de primera instancia obrante a fs. 539vta/540, apelación de honorarios obrante a fs. 601vta, se dejan sin efecto los mismos, hasta el momento que exista liquidación firme. En cuanto a los honorarios de Alzada, regulados que sean oportunamente en primera instancia se resolverá. (art.31 dec.Ley 8904).-

ASI VOTO.

El Señor Juez Dr. Rosas, aduciendo análogas razones dio su voto en igual sentido.

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí: FDO. DRES. JUAN JOSE GUARDIOLA Y PATRICIO GUSTAVO ROSAS, ante mí Dra. MARIA V. ZUZA (Secretaria).-

//NIN, 15 de Noviembre de 2011.-

AUTOS Y VISTOS:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC, SE RESUELVE:

I.- RECHAZAR la acción contra M. L. G. Costas de ambas instancias por su orden

II.- CONFIRMAR la sentencia apelada en lo restante con las siguientes modificaciones: a) reducir el monto por daño moral a favor de E. L. S. a la suma de \$ 40.000 b) Admitir el daño moral reclamado por M. d. C. G. por la suma de \$ 20.000 y el lucro cesante reclamado también por ella por la suma de \$ 7200.

III.- Las costas de Alzada, por las demandas que prosperan: en un 85% a cargo de los demandados condenados y la aseguradora y en un 15% a la parte actora y por la exclusión de cobertura: las de asistencia letrada de las actoras a cargo de la aseguradora y las restantes en el orden causado.

IV-Atento la nueva situación procesal del juicio -art.274 del CPCC., -SE FIJAN los honorarios de los letrados intervinientes en primer instancia por el rechazo de la acción contra L. G. como sigue: al Dr. MARIANO JUAN GARELLI en la suma de \$9.800 (PESOS NUEVE MIL OCHOCIENTOS), al Dr. ESTEBAN MARIANO TORRENS, en la suma de \$4.900 (PESOS CUATRO MIL NOVECIENTOS), a la Dra. MARIA AGUSTINA CABASSI en la suma de \$4.900 (PESOS CUATRO MIL NOVECIENTOS) (art.16, 23 y 28 dec.Ley 8904); por las labores desarrolladas en esta

Alzada, SE FIJAN los honorarios del Dr. MARIANO JUAN GARELLI en la suma de \$2.940 (PESOS DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA), al Dr. ESTEBAN MARIANO TORRENS en la suma de \$1.470 (PESOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA), a la Dra. MARIA AGUSTINA CABASSI en la suma de \$1.470 (PESOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA), con mas todas las sumas el 10% que establece el art.12 inc.a) de la Ley 6716 (art.31 Dec.Ley 8904).-

V-En cuanto a los honorarios regulados en la sentencia de primera instancia obrante a fs. 539vta/540, apelación de honorarios obrante a fs. 601vta, se dejan sin efecto los mismos, hasta el momento que exista liquidación firme. En cuanto a los honorarios de Alzada, regulados que sean oportunamente en primera instancia se resolverá. (art.31 dec.Ley 8904).-

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse al Juzgado de origen.- FDO. DRES. JUAN JOSE GUARDIOLA Y PATRICIO GUSTAVO ROSAS, ante mí Dra. MARIA V. ZUZA (Secretaria).-

