

## **CAPÍTULO I**

### **PRELUDIO**

#### **1) Palabras preliminares**

A fin de abordar la cuestión propuesta realizaremos, en primer lugar, un breve recorrido por los antecedentes históricos que nos permitirán observar de qué manera ha ido evolucionando el instituto en análisis hasta nuestros días. Ello así pues, sin pretender exponer novedad alguna al lector, resulta muy difícil –sino imposible- despojar al análisis de las normas de su contexto histórico, social y económico determinante.

Además, intentaremos demostrar que tampoco pueden soslayarse, las consecuencias que el dictado de esas pautas legales acarrearán. No sólo para las personas o grupos de personas que desarrollan la actividad, sino también para quienes se intenta proteger.

A nuestro entender, es hora de comenzar a revisar los presupuestos, el alcance y la extensión del deber de responder impuesto a todo aquel que propone una actividad.

Es cierto que en tiempos pasados la víctima de un hecho ilícito se encontraba desprotegida, legislativa, indemnizatoria y probatoriamente hablando. Como contrapartida, el sistema que se sustentaba en la culpa, el peso de la carga de la prueba sobre quien invocaba el hecho dañoso y la incertidumbre respecto del cobro ante una futura condena; fue dando lugar a un nuevo ordenamiento que contempla la responsabilidad objetiva, el deber de garantía, la inversión de la carga probatoria, un mayor deber de colaboración judicial y el seguro obligatorio, entre otras.

Desde luego, no es nuestra intención generar ubicarnos nuevamente en el punto de origen y echar por la borda todo aquello que se ha hecho en favor de la igualdad de las partes y en pos de la protección de la parte más débil. Pero sí nos proponemos investigar si el alcance del régimen de responsabilidad impuesto sobre quienes proponen una actividad educativa puede resultar, en algunos aspectos, desmedido y contraproducente, incluso para los intereses de quienes se intenta tutelar.

En ese orden de cosas, y a fin de justificar nuestro apartamiento de las tendencias mayoritarias actuales, no podremos dejar de situarnos en el ámbito objeto de análisis: la educación y el deporte.

En efecto, difícilmente podríamos intentar una crítica como la que aquí comenzamos, si antes no sentamos las bases sobre las cuales cimentaremos nuestros argumentos a favor de una solución que, admitimos, resulta *prima facie* contraria a las tendencias actuales en materia de responsabilidad civil, tales como la autonomía del “derecho de daños” y de sus componentes más renombrados.

En ese sentido, afirmamos que la necesidad de retomar, fomentar y proteger el desarrollo de la actividad deportiva en la etapa de instrucción escolar es tan importante que justifica una revisión de las implicancias que el sistema legal vigente genera como consecuencia de los accidentes sufridos durante su desarrollo.

Intentaremos demostrar que la legislación actual y la interpretación que en forma mayoritaria se hace de aquella en los casos de accidentes sufridos por alumnos durante la práctica deportiva, disminuyen, desalientan y, en algunos casos, hasta podrían anular, el estímulo físico en los colegios; con el consecuente perjuicio en la educación integral y en la salud de los educandos.

Como no es nuestra intención criticar sin proponer, presentaremos luego una alternativa que entendemos razonable para los casos que son objeto de estudio en este trabajo. Esa propuesta tiende a garantizar la pronta y efectiva

atención de la lesión sufrida, procurando así un rápido reestablecimiento, sin necesidad de someter la cuestión a los estrados judiciales a fin de obtener, luego de una larga espera, las sumas que permitirían afrontarlo. Claro está, asumiendo que para ese entonces aun resulte útil.

Con plena conciencia de que no es posible, en nuestro ámbito de análisis, experimentar con los integrantes del grupo examinado, sustentaremos nuestras conclusiones en análisis y experiencias recolectadas de fuentes de investigación tanto jurídicas, como periodísticas. Asimismo, utilizaremos fuentes locales y extranjeras, a fin de dilucidar si el problema es sólo local o trasciende fronteras. Junto a ellas, evaluaremos la información aportada por docentes de la especialidad.

La obtención de datos estadísticos fidedignos sobre las consecuencias que el régimen legal vigente ha generado en la litigiosidad, ha sido imposible, debido al modo difuso en que esa información es recolectada por los centros informáticos judiciales. No obstante, del confronto de las fechas de los fallos obtenidos puede, sin mayor esfuerzo, advertirse que los daños sufridos durante la actividad escolar, ha ido paulatinamente ganando lugar en los estrados.

Sin desconocer la dificultad que importa reformar un sistema jurídico (que además afecte intereses económicos de cierta envergadura), creemos haber encontrado una respuesta satisfactoria, que permite sustentar un equilibrio entre la protección de las posibles víctimas y la sustentabilidad del desarrollo de los sistemas educativos y aseguradores. Por otra parte, la potencial reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial, resultaría una inmejorable oportunidad para incorporarla.

Sin más preámbulo, nos adentramos entonces en el desarrollo del tema propuesto.

## **2).- El sistema legal**

### **A) Régimen previo a la reforma de 1998**

Como nos relata Reyna, la redacción originaria del Código Civil establecía un sistema de responsabilidad en el ámbito de las relaciones educativas que tenía gran similitud con el Código Civil francés. Así, mientras el artículo 1.384 del ordenamiento galo responsabilizaba a los maestros por el daño que causaran los alumnos cuando se encontrasen bajo su vigilancia, presumiendo su culpabilidad, nuestro codificador estableció una presunción similar, pero en cabeza de los directores de colegio. (2005, p.18)

En ese mismo orden de ideas, Llambías exponía muchos años antes, que era la culpa en la vigilancia del alumno la razón que justificaba la atribución de responsabilidad al director. Es que como él tiene a su cargo la organización institucional y la disciplina de los alumnos, era muy probable que su culpa no fuera ajena a los actos dañosos de los educandos. (1976, p.409)

En efecto, el antiguo artículo 1.117 del Código Civil establecía una responsabilidad de carácter subjetivo, colocando en cabeza de los directores de colegio y maestros artesanos, una presunción de culpa. Se trataba de una presunción *iuris tantum*, desvirtuable por prueba en contrario, bastando para exonerarse de responsabilidad la acreditación de diligencia suficiente. Mientras tanto, la entidad titular del establecimiento (propietario en la educación privada y el Estado en la pública) podía responder objetivamente, a título de principal y por los hechos de su dependiente (art. 1.113, primera parte, Código Civil). También, por la utilización de una cosa riesgosa o viciosa de la cual fuera dueña (art. 1.113, segunda parte), cuando el daño se produjese con intervención de un elemento material con esas características.

Además es útil recordar, que reiteradas veces se resolvió que las obligaciones emergentes del establecimiento educativo no se reducen a prestar educación, sino que abarcan la obligación de seguridad, que se halla vigente tanto en el plano contractual, como en el extracontractual, la que comprende el

deber de asegurar la integridad del menor a través del cuidado y vigilancia durante la guarda, lo que implica que mientras el alumno está bajo la autoridad escolar no sufrirá daños, aun cuando no haya contrato de enseñanza<sup>1</sup>.

Es claro entonces, que los supuestos no comprendidos en la norma se regían por el sistema general del Código Civil, y la responsabilidad era de base subjetiva (art. 1.109), salvo los supuestos en que podían aplicarse criterios objetivos de atribución (vgr. si el educando se había dañado con un cosa peligrosa propiedad del director).

Por eso, las eximentes de responsabilidad jugaban, en general, en el plano de la no culpa, ya que el director y el maestro podían probar que no pudieron impedir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y con el cuidado que era de su deber poner.

En consecuencia, la responsabilidad del propietario del establecimiento, tanto en casos de daños sufridos por los alumnos, como los causados por educandos, era indirecta, por el hecho de sus dependientes, o por las cosas de las que era propietario o guardián.

Márquez (2006), comenta que

Al deber de responder por sus dependientes podía escapar probando la falta de culpa de aquél, aunque esta postura fue evolucionando hacia la "objetivización" de la responsabilidad del principal, por lo cual gran parte de la doctrina aseveraba que sólo se liberaba si probaba una causa extraña (caso fortuito, fuerza mayor o hecho de un tercero por el que no debe responder).

Por eso, ya en 1971 Borda comentaba que se revisó esa afirmación, pues las condiciones en que se dictaban las clases, había mutado en forma notoria. Para así decirlo, tuvo en consideración el aumento en el número de estudiantes, la escasez de los recursos y la diversificación de las áreas. Todo ello tornó ilusoria en la práctica, la posibilidad de que los directores de colegio

---

<sup>1</sup> CNCiv. Sala "H", 18/12/2007. "Canelo, Julia del Carmen y otro c/ Vázquez, Gonzalo Gastón y otros s/ ds. ps.", con abundantes citas doctrinarias y jurisprudenciales, inédito, ver Anexo 3.

ejercieran una real y efectiva vigilancia de la conducta de los educandos, "(...)" convirtiendo a la atribución de responsabilidad sobre los directores, en base a un reproche de conducta presumida por la ley, en un verdadero exceso" (p. 292). Precisamente por eso, ante lo disvalioso de la solución normativa, se generó una tendencia a limitar su campo de actuación, "(...)" interpretando restrictivamente las causales de procedencia y, con laxitud, las de exoneración" (Kemelmajer de Carlucci, 1994, p.632).

Asimismo, se encontraban en discusión cuestiones estrechamente vinculadas con el nacimiento y la extensión de la responsabilidad, tales como el origen y el carácter de la relación entre las partes.

Sobre la naturaleza jurídica de la relación -a salvo algunas posturas en franca minoría en el supuesto de la educación de gestión pública (Sagarna, 1994)-, lo cierto es que nadie discutía el origen contractual de la relación con el centro de enseñanza.

Es que los alumnos que allí asisten, lo hacen porque sus padres han acordado con el o los propietarios, sean éstos personas físicas o jurídicas, que sus hijos concurrirán allí a recibir enseñanza. (Bustamante Alsina, 1984, p. 72).

En cuanto a las consecuencias del régimen legal aplicable, Giménez (2004) señala dos experiencias comprobables

Desde la realidad jurisprudencial la escasa aplicación del artículo 1.117 y, en el ámbito de las escuelas, la retracción de las actividades educativas que importaren sumar una mayor dosis de riesgo a la mínima necesaria al quehacer escolar. Ello en relación directa al mayor grado de conciencia de los directores de la responsabilidad refleja y presunta que la norma les endilgaba. (p. 470)

Con la reforma introducida el 11/06/1997 por la ley n° 24.830, se intentó poner fin a toda discusión sobre la atribución de responsabilidad y el deber de reparar los daños sufridos y/o causados por menores en el ámbito educativo.

## **B) Génesis de la reforma**

Es difícil comprender el sentido de una norma si se prescinde de las razones que la motivaron. Éstas, son la esencia que la inspira y que permite su mejor comprensión y más correcta aplicación. Por otra parte, contienen todo aquello que la norma quiere decir y que excede el marco del texto escrito.

En nuestro caso, los fundamentos dados para proponer la reforma al régimen de responsabilidad previsto por el artículo 1.117 del Código Civil, revisten gran importancia, pues no se trata este trabajo de una mera crítica a las consecuencias legales de la nueva disposición, sino que pretendemos ir más allá, analizando también las consecuencias sociales que ella trajo aparejadas.

Nos adentraremos entonces en el análisis de las razones que inspiraron la mutación del régimen jurídico vigente hasta entonces.

### **a) Aspecto sociológico**

En primer lugar, señalaremos que se ha invocado como causa generadora del cambio, a la creciente preocupación de quienes organizan y desarrollan la actividad escolar. Ello, en razón de la carga de responsabilidad que imponía la ley en su anterior redacción.

La situación fue descrita en términos drásticos por Mathov (1996), cuyo proyecto de reforma (de entre los seis que fueron presentados) fue finalmente el mayormente receptado aunque, cabe anticipar, no en su totalidad. El legislador comenzaba el trabajo doctrinal que sustentó su proyecto diciendo que

El artículo 1.117 del Código Civil que establece una presunción de responsabilidad de los directores de escuela por los daños cometidos por sus alumnos, representa para los docentes una amenaza que les provoca una fuerte angustia y los perturba no sólo en su vida privada sino, también y fundamentalmente, en el normal desarrollo de su actividad profesional, lo que redundará en un perjuicio para millones de niños y jóvenes (...) Cualquiera

persona que haya intervenido en la conducción del sistema educativo sabe que, ante el pedido de incrementar las tan útiles experiencias directas fuera de los edificios escolares o la organización de viajes recreativos a lugares distantes, la respuesta negativa de los docentes es una constante, fundada en el miedo comprensible de correr el riesgo de enfrentar una demanda judicial por cualquier accidente que pueda ocurrir. La función docente, por ende, no se ejerce en plenitud, lo que repercute indefectiblemente en la óptima formación integral de los destinatarios de la educación, que son, ni más ni menos, nuestros hijos (p.1.283).

Continuaba, afirmando que usualmente mantenía reuniones con educadores, quienes permanentemente le habrían transmitido su preocupación por los impedimentos didácticos que resultan del temor (casi pánico, dice) que sentirían los docentes por la hipotética aplicación de la referida norma. Es por ello que no dudó en señalar que “(...) este artículo del Código Civil, que pone en funcionamiento todo este mecanismo diabólico que perjudica el normal desarrollo de la tarea educativa, puede y debe modificarse”.

Sin perjuicio de los términos expuestos, sinceró luego que nunca pudo corroborar los casos concretos a que hacían referencia y que los pocos que fueron individualizados como supuestos involucrados, terminaron desmintiendo tal aseveración. Por otra parte, que en la mayoría de los casos jurisprudenciales consultados, poca aplicación se hacía del artículo 1.117 del Código Civil, resultando las más de las veces condenado el titular del centro y absuelto el director y/o los docentes, salvo que se hubiera probado su culpa en la causación del daño (Mathov, 1996).

Por ello, estamos de acuerdo con Sambrizzi en que sólo puede coincidirse en parte con los conceptos vertidos por Mathov.

No sólo porque la responsabilidad que establecía la norma modificada se limitaba a los directores de colegio -por lo que sólo abarcaba a un limitado número de docentes-, sino además porque contemplaba únicamente los casos de daños causados, y no los sufridos por los alumnos -salvo que el daño sufrido por uno de ellos hubiera sido causado por otro alumno-, supuesto en el cual y tal como resulta de la praxis de nuestros tribunales, la acción era iniciada contra los propietarios del colegio con fundamento en la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de la

obligación de seguridad que, con mayor o menor alcance (se discute si esa obligación es de medios o de resultado), se consideraba ínsita a toda relación existente entre el propietario del establecimiento y el representante del alumno. (1998)

En definitiva, en la práctica, poco o nada de diferente a las consecuencias que trajo aparejada la reforma.

En rigor de verdad, el análisis de la responsabilidad se centraba en la valoración de la conducta del o los profesores a cargo y de las medidas de seguridad previstas. En la mayoría de los casos, resultaba condenado el centro educativo por incumplimiento del deber de seguridad implícito en la buena fe contractual (artículo 1.198 del Código Civil) y exonerados los docentes, a menos que se demostrara una omisión grave de la diligencia debida o, claro está, que fueran éstos los causantes directos del daño.

De todos modos, no puede desconocerse que la intranquilidad que los directores pudieran razonablemente haber sentido por la responsabilidad legalmente presumida haya sido cierta, aunque en gran medida carente de sustento. Desde luego que no les era exigible, tal vez, que tuvieran conocimiento de la forma en que los tribunales interpretaban la norma, exonerándolos en la mayoría de los casos.

Pero la intranquilidad de docentes y directivos por las consecuencias legales-patrimoniales que pudieran acarrearles los infortunios sufridos por alumnos existía y, afirmamos, aún existe. Es que si bien se ha desplazado el sujeto sobre el cual pesa la presunción legal de responsabilidad, no por ello se los ha exonerado –ni podría hacérselo- de toda responsabilidad. Sea por la vía directa intentada por el damnificado, como por la acción de regreso que pudiera ejercer el empleador, aquellos aun podrían verse involucrados en un proceso judicial.

Por otra parte, la preocupación de los docentes que tienen a su cargo la instrucción deportivo-recreativa, ya no es sólo el alcance de su responsabilidad; sino también las complicaciones e impedimentos que les imponen las

autoridades escolares cada vez que proponen una actividad. Ello así, como consecuencia del temor que aquellas sienten a las consecuencias que les podría acarrear si llegara a suceder un accidente. Sobre este punto ahondaremos en capítulos ulteriores.

## **b) Aspecto normativo**

La norma vigente agravó la obligación de responder que pesa sobre los titulares de establecimientos educativos. No obstante, es bueno recordar que existieron proyectos que pretendían agravarla más aun. Tal el caso del artículo 1.588 del Proyecto de Reforma al Código Civil del año 1992 -que fuera antecedente de la reforma de 1998 al Código Civil-, y que en su parte pertinente proponía que los propietarios de centros docentes de enseñanza primaria y secundaria "(...)responden por los daños causados por los alumnos menores de dieciocho años, durante el período en que se encuentren bajo el control o vigilancia del profesorado, desarrollando actividades escolares, extraescolares o complementarias"<sup>2</sup>. Como fácilmente puede observarse, la norma proyectada no preveía causal alguna de exoneración.

En cuanto al actual artículo 1.117, este tiene como antecedente inmediato a la ley española 1/1991 del 07/01/1991, modificatoria del artículo 1.903 del Código Civil ibérico. Tal como exponen Santos Briz (1984) y O'Callaghan (2004), la norma hispana reformada establece que las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extra escolares y complementarias (párr. 5º). Asimismo, que la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (párr. 6º).

---

<sup>2</sup> Proyecto redactado por la Comisión designada por Decreto 468/92, compuesta por Augusto C. Belluscio, Salvador D. Bergel, Aída R. Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio C. Rivera, Federico N. Videla Escalada y Eduardo A. Zannoni.

Lo expuesto, contrasta claramente con el primer párrafo de nuestra norma, que en lo pertinente dice que los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables por los daños causados **o sufridos** por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, **salvo que probaren el caso fortuito**. (el resaltado es nuestro)

Será entonces la persona que detente el carácter de propietario de la institución<sup>3</sup> a la que concurra el alumno dañador y/o el damnificado, el legitimado pasivo de la acción resarcitoria que promueva la víctima, junto con sus representantes en el caso de menores, por el hecho ilícito.

Cabe destacar también que, desde el 1 de enero de 2010, la mayoría de edad se fijó a partir de los 18 años<sup>4</sup>. En consecuencia, el margen de población escolar que queda fuera de la órbita del artículo 1.117 del Código Civil, aumentó sensiblemente. En particular respecto de aquellos alumnos que cursan su quinto año.

Asimismo, es de destacar que la norma se refiere a “los propietarios”, que pueden ser tanto personas físicas como jurídicas y, en éste último caso, tanto de gestión pública como privada, zanjando así una vieja discusión doctrinaria.

Con ese término, dice Sagarna (1997), se incluye a quien organiza o emprende la educación en el colegio demandado. Asimismo, señala con acierto, que en el supuesto del colegio de gestión pública responderá el Estado Nacional, el Provincial o el Municipal, según la jurisdicción a la cual pertenezca

---

<sup>3</sup> Sobre este punto la doctrina y la jurisprudencia son unánimes al interpretar que la voz propietario del establecimiento se refiere a quien es titular de la institución y no al dueño del inmueble dónde se lleva a cabo la actividad. Ello, claro está, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera caberle al primero por los daños que se derivaran de los vicios del inmueble o cuando el responsable reúna ambas condiciones.

<sup>4</sup> Ley n° 26.579, B.O. del 22/12/2009. Recordemos que anteriormente, la mayoría comenzaba a los 21 años.

la escuela. En cuanto a la hipótesis del establecimiento educativo de gestión privada, son sus propietarios quienes son sindicados como responsables por el primer párrafo del artículo 1.117. (pp.938-9)

### **c) Los proyectos de reforma**

Al tiempo en que la reforma se gestaba, fueron presentados seis proyectos de ley que exhibían apreciables diferencias. Los autores de los proyectos fueron: el diputado Carlos A. Álvarez, el diputado Enrique Mathov, la diputada Elsa E. Kelly, el diputado Guillermo Estévez Boero, los diputados María L. González, Carlos Tenev, Miguel A. Robles, Carlos J. Castro y Leticia Bianculli, y los diputados Miguel A. Alterach, César Arias y Carmen del R. Caillet<sup>5</sup>.

Compartimos con Andrada (2007) en cuanto expone que resulta de gran interés examinar tales proyectos a fin de observar las distintas posturas que el tema generó.

Dice el autor citado, que

(...) Algunos proyectos, siguiendo los lineamientos de la legislación francesa de 1937, hacen responsables a los directores sólo a condición de que la víctima pruebe la culpa del docente. Así, bajo tal condición el proyecto de la diputada Kelly los responsabilizaba siempre que los menores tuvieran menos de dieciocho años y el daño se produjese en tiempo escolar efectivo<sup>6</sup>. En similar dirección, el proyecto del diputado Estévez Boero exigía que la culpa imputada a los directores sea probada por quien la alegaba. Además, cuando se tratara de establecimientos públicos la acción debía dirigirse contra el Estado<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Los distintos proyectos pueden verse en Antecedentes Parlamentarios, 1997-B-1600 y ss.

<sup>6</sup> Este es el texto del proyecto: "Los directores de los colegios y maestros artesanos no serán responsables del daño causado por o que se causasen a sí mismos sus alumnos, salvo que, siendo éstos menores de dieciocho años, el daño se produjese en tiempo escolar efectivo y se probase el dolo, culpa o negligencia de aquéllos")

<sup>7</sup> "Los directores de establecimientos educacionales son responsables por el daño causado por sus alumnos durante el tiempo en que se encuentren bajo su vigilancia. La culpa o negligencia imputada a aquéllos, deberá ser probada por quien la alega". E incorporaba como artículo 1.117 bis el siguiente texto: "Cuando se trate de

El proyecto del diputado Álvarez suprimía la presunción de culpa de los directores de colegios y maestros artesanos que establecía el artículo 1.117 del Código de Vélez e incorporaba un texto por virtud del cual, en los casos de establecimientos de enseñanza pública la acción debía entablarse exclusivamente contra el Estado<sup>8</sup> (...).

Otro grupo de proyectos, sigue diciendo Andrada,

(...) sin distinguir entre establecimientos públicos o privados, responsabilizaban directamente al propietario del establecimiento educativo. En este rumbo, se ubicaron, el proyecto del diputado Mathov, de conclusión justiciera y buena factura técnica en tanto definía con claridad la legitimación, la eximente, e incluía la necesidad del seguro por responsabilidad civil<sup>9</sup>; el proyecto de la diputada González (y otros) que hacía solidariamente responsables a los padres de los daños causados y sufridos por los alumnos<sup>10</sup>; y el Proyecto del diputado Alterach (y otros)<sup>11</sup> (...). (pp.152-3)

---

establecimientos de enseñanza pública, la acción de daños y perjuicios deberá ser dirigida exclusivamente contra el Estado responsable del establecimiento, sin perjuicio del derecho que éste tiene de repetir lo pagado contra los directores y/o terceros".

<sup>8</sup> Tras suprimirse la presunción de culpa a la que hacemos referencia, se incluía este párrafo: "Cuando los hechos u omisiones, que causaron el daño, provengan de dependientes de establecimientos de enseñanza pública, la acción se deberá entablar exclusivamente contra el Estado responsable del establecimiento, sin perjuicio del derecho a repetir el pago en las condiciones establecidas en el artículo siguiente". Algo similar sucede, en la práctica, en España y Francia.

<sup>9</sup> Este era el proyecto: "Los propietarios de los establecimientos educativos privados y estatales serán responsables de los daños causados por los alumnos menores de edad, y por los daños sufridos por dichos alumnos por incumplimiento de la obligación de seguridad, producidos durante el desarrollo de toda actividad escolar, extraescolar o complementaria, cualquiera sean el día, la hora y el lugar en que se produzca el daño, pudiendo eximirse exclusivamente probando el caso fortuito externo. Los establecimientos educativos deberán contratar un seguro por la responsabilidad civil emergente de este artículo". Como ya mencionamos en párrafos anteriores, éste fue el proyecto mayormente receptado.

<sup>10</sup> El texto era el siguiente: "El propietario del establecimiento educativo responde solidariamente con los padres y tutores de los daños causados a otros y de los sufridos por los alumnos menores de 18 años o por aquellos que hayan concluido el nivel secundario o el ciclo polimodal, mientras éstos se hallen bajo control o cuidado de autoridad escolar por incumplimiento de la obligación de seguridad. La acción no prosperará contra los directores y personal de estos establecimientos. Sin perjuicio de ello los condenados al pago por daños pueden repetir de éstos lo pagado si se prueba su culpa o dolo. Si el establecimiento es privado, deberá tener un seguro de responsabilidad civil que cubra los daños del párrafo primero". Art. 1.117: "Los padres, tutores, curadores y establecimientos no serán responsables de los daños causados a otros o sufridos por menores o dementes si prueban el caso fortuito externo".

De acuerdo a la breve reseña efectuada, es fácil concluir que hubo diferencias importantes en cuestiones sustanciales a la hora de determinar la responsabilidad de los centros educativos. Algunas de ellas, incluso, siguen generando hoy posturas encontradas a la hora de decidir los casos que se presentan ante los tribunales.

De los aspectos más controvertidos, sea porque se proponían soluciones diferentes o porque se omitía la inclusión de alguna figura, podemos rescatar las siguientes:

a) régimen jurídico de la obligación: mientras algunos proponían continuar con un régimen subjetivo, otros –finalmente triunfadores- proponían que se tornara objetivo;

b) legitimados pasivos: en algunos proyectos se mantenía la responsabilidad de los directores, cristalizándose finalmente en la norma la propuesta de aquellos que sindicaban al dueño. No podemos soslayar que algunos de los proyectos mencionaban la responsabilidad solidaria de los padres o tutores por los daños causados por los menores<sup>12</sup>;

c) el seguro obligatorio: se impuso como consecuencia lógica de la responsabilidad objetiva propuesta por la posición triunfante;

d) derecho de repetición: en algunos proyectos se hizo expresa la facultad de repetir lo pagado contra el responsable (dependiente o tercero).

Hasta aquí los antecedentes locales de la reforma analizada. Veremos entonces a continuación los antecedentes y actualidades en algunos sistemas del derecho extranjero.

---

<sup>11</sup> Que estaba concebido en los siguientes términos: "El propietario de un establecimiento educativo responderá exclusivamente por los daños sufridos por el menor de dieciocho años, y solidariamente con el padre, la madre o tutor, cuando el alumno los causare. Lo establecido rige durante el período en que se encuentre bajo el control de la autoridad escolar. El director del establecimiento educativo y su personal responderán cuando medie dolo o culpa de su parte. La presente norma no se aplicará a los establecimientos educativos de nivel terciario o universitario".

<sup>12</sup> Sobre este aspecto tan sensible nos adentraremos al analizar los legitimados pasivos pues, afirmamos, la educación paterna es un punto determinante que últimamente suele soslayarse cuando se debaten las consecuencias de los actos de los menores.

## CAPÍTULO II

### LA FIGURA EN EL DERECHO COMPARADO

#### **1) Preámbulo**

La preocupación de los docentes y directivos por la responsabilidad impuesta no fue, ni es, patrimonio exclusivo de nuestro país. Los antecedentes en cuestiones análogas ya se habían sucedido en Europa, principalmente en Francia y España, antecedentes directos de nuestra norma original y de nuestra reforma.

En ambos casos los docentes, a través de fuertes presiones gremiales, fueron logrando que la responsabilidad se desplazara hacia los titulares de los centros educativos. Si bien ello fue finalmente conseguido, la cuestión dista de encontrarse resuelta.

Además, como señala Plovanich de Hermida (1997-1998) estos regímenes tienen particularidades que complejizan el análisis, como por ejemplo la diferencia en el régimen de responsabilidad según se trate del personal dependiente de los establecimientos públicos o privados (Francia, España) o la coexistencia de su legislación en el derecho penal y el civil (España).

En este último país, según nos comentaba sobre el punto la prestigiosa jurista española Gómez Calle, sigue siendo de aplicación el artículo 1.903 del Código Civil, con su régimen de responsabilidad por culpa. Esto se refiere al caso de que el daño sea consecuencia de un ilícito civil. Cuando lo es de un ilícito penal cometido por un alumno mayor de 14 años, es muy discutido en nuestra doctrina si la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (en su art. 61.3) resulta o no aplicable a los centros docentes (el citado precepto establece una responsabilidad objetiva algo peculiar, y no se refiere expresamente a dichos centros) (Gómez Calle, Esther. Comunicación Personal, enero 13, 2010).

En la mayoría de los supuestos europeos y americanos se mantiene, aunque con algunos matices, los sistemas que fundan el deber de responder en la negligencia, la falta de vigilancia o la responsabilidad refleja. Algunos han dado algunos pasos adelante en la búsqueda de una mayor protección, marcando una tendencia legislativa hacia la responsabilidad objetiva. No obstante, es en el último supuesto que mencionaremos, proveniente del sistema anglosajón, en donde encontraremos una solución más adecuada.

## **2) La cuestión en Europa**

### **A) Francia**

A fin de comprender la evolución de este instituto en los antecedentes necesarios de nuestra norma (Francia respecto del art. 1.117 del Código de Vélez, y España, respecto de su versión reformada), es conveniente conocer los lineamientos sentados en los trabajos preparatorios del Código Civil francés.

Tal como reseña Atienza Navarro, En primer lugar, la idea de que quien produce un daño, debe resarcirlo. Junto a esa proclamación general de la responsabilidad por el hecho propio, se introdujo otra regla en virtud de la cual, en determinadas ocasiones, se debe responder por el hecho ajeno. De tal modo, la doctrina anterior a la Codificación había admitido que los padres, los maestros, artesanos y empresarios debían responder cuando la víctima demostrara que habrían podido impedir el hecho dañoso de sus hijos, alumnos, aprendices o dependientes.

Es por eso que afirma que no hay duda de que esa presunción de responsabilidad se recogió en los trabajos preparatorios del *Code*, pudiendo los padres y maestros destruirla mediante prueba en contrario. De cualquier forma, aquella implicaba una excepción a las reglas generales de la responsabilidad civil, que se justificó por la peculiar condición en que se encontraban las personas obligadas a vigilar, educar o controlar a aquellos que se estaban

sometidos a su autoridad o potestad. De ese modo, los redactores quisieron sancionar la falta de vigilancia, pues el orden social obligaba no sólo a no perjudicar a otro con las acciones propias, sino a impedir que lo hicieran aquellos por los que se debía responder. Así, lo expuesto se constituyó también en una suerte de garantía (a veces la única) de que la víctima sería resarcida frente al daño. (1999, pp.173-5)

En consecuencia, el artículo 1.384 del *Code*, antecedente de nuestro 1.117, impuso una inversión de la carga probatoria similar a nuestra norma local, pero de aparente mayor extensión pues incluía a los maestros, mientras que Vélez la impuso sólo sobre los directores o maestros artesanos.

Como nos recuerda Giménez, esta primera experiencia resultó muy desfavorable a los maestros, a quienes difícilmente se les aceptaba su falta de culpa y, con ello, la exigente de responsabilidad. Pero en 1899 se produjo el detonante del cambio con el renombrado caso *Leblanc*<sup>13</sup>, seguido por otro resuelto por el tribunal de Guéret y la Corte de Limoges (también muy severos con el maestro), que generaron una influyente corriente de opinión pública que derivó en la sanción de la ley del 20 de julio de 1899. Ésta, reemplazó la responsabilidad de los maestros de establecimientos públicos por el deber resarcitorio en cabeza del Estado, sobre quien pasó a pesar la presunción de culpa. (p.469).

Esta situación se extiende a los maestros de centros docentes privados asociados por contrato a la enseñanza pública; lo que correspondería en nuestro sistema a los establecimientos con subvención estatal.

Resultaba lógico entonces prever, que no tardarían los docentes privados en reclamar un sistema similar para ellos, pues nada justificaba su discriminación. Así, el 5 de abril de 1937 se reformó el artículo 1.384 del código francés, eliminándose la culpa presunta del maestro de establecimiento

---

<sup>13</sup> El maestro resultó condenado en primera instancia por el daño provocado por un alumno a un compañero. La Corte de París revocó el fallo, pero eso no logró revertir la pérdida de la razón que sufrió el educador frente a la primera decisión judicial.

privado, quedando a cargo de la víctima su demostración si pretendía ser indemnizada. (Giménez, 2004, p.469; Andrada, 2007, pp.152-3)

El Estado condenado a reparar posee una acción de reintegro. Esto, en principio, pareciera que no mejora la situación del maestro. Pero el Estado queda en libertad de repetir o no y, en general, no repite. Sólo lo hace cuando la conducta del maestro merece una sanción. (Mazeaud y Tunc, 1960, p. 199-200)

En nuestro país, los titulares de los colegios y/o sus compañías aseguradoras no ejercen -en la mayoría de los casos- la acción de repetición contra los docentes; quienes, por otra parte, es muy común que carezcan de otros medios más allá de su magro sueldo, para hacer frente a la reparación.

Así las cosas, es evidente que, al igual que sucede en Francia, una acción de esta naturaleza se erigiría como una suerte de sanción pecuniaria por una omisión grosera en la diligencia debida o frente a la comisión de un acto que haya causado un daño irreparable o sumamente reprochable, pues difícilmente podrían obtener otro medio de obtener el dinero como no sea a través del embargo del porcentaje del sueldo que la ley autoriza.

## **B) España**

Los antecedentes históricos sobre la enseñanza en España, nos permiten apreciar la necesidad de las sucesivas reformas allí realizadas.

En efecto, en lo referente a la relación educativa durante la vigencia del Fuero Juzgo, el poder disciplinario del maestro sobre el discípulo era fortísimo. Tanto, que permitía equiparar la relación del maestro con la de los padres, que lo autorizaba a castigar físicamente a su pupilo e, incluso, llegar a matarlo, siempre que no lo hiciera "intencionadamente". Afortunadamente (en especial para los alumnos), el Fuero Real y las Partidas atenuaron esa potestad, contemplando los castigos "de forma moderada"; esto es, sin ocasionar la muerte ni dejar lisiado al educando. (Atienza Navarro, 1999, p.168)

En tiempos más próximos, y ya con otro régimen legal en vigencia, Diez-Picazo y Gullón (entre otros), avizoraban el cambio que se daría en España en torno a la responsabilidad de los centros educativos, recordando que el sexto párrafo del artículo 1.903 (que recogía el último supuesto de responsabilidad por hecho ajeno), establecía que eran responsables los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanecieran bajo su custodia.

Según mencionaban los prestigiosos juristas referidos, por la aplicación de este precepto ha de tenerse en cuenta que impartir una enseñanza no es condición suficiente sino que, además, el maestro o director ha de tener una obligación de custodia que se traduce en un deber de vigilancia del alumno o aprendiz. Su responsabilidad radica en el incumplimiento del mismo, que se presume al causar aquéllos daños a terceros, como en todos los casos del artículo 1.903, salvo prueba en contrario. De ahí también que la menor edad del alumno o aprendiz desplace la responsabilidad de los padres o del tutor hacia el maestro o director durante el tiempo en que se les confíe su instrucción.

Con premonitorio acierto, señalaban también que, aunque el Código mencione a los “maestros o directores de artes y oficios”, no hay que descartar la responsabilidad del centro o instituto en que se imparte la enseñanza, debiéndose considerar que esas personas son las encargadas de ejecutar la prestación de educación. El centro o instituto responde por el hecho de sus subordinados, lo mismo que el empresario responde de los daños causados por sus empleados (1992, pp. 628-9).

El presagio que los autores mencionados efectuaran, se cristalizó mediante la reforma introducida el 7 de enero de 1991. En efecto, en la actualidad, tal como comenta Moreno Martínez,

(...) El artículo 1.903, párrafo quinto del Código Civil, impone la obligación de reparar -objetiva y directa- al titular de un centro docente, no universitario, el daño causado por un alumno menor de edad en tiempo lectivo. Se prevé un derecho de repetición

frente al profesor, en caso de dolo o culpa grave de éste, en el artículo 1904. (2008, p.812)

Puede reconocerse en la ley española el antecedente legal más próximo a nuestra reforma. Ante la inquietud que generaba en el cuerpo docente de ese país el peso de la responsabilidad, se hizo necesario modificar la legislación y, así, para la ley española hoy resulta responsable el centro docente, pero con algunas diferencias importantes con nuestro régimen.

En particular, es del caso resaltar dos aspectos que marcan disparidad con el sistema argentino. Primero, la legislación española tiene un doble régimen de responsabilidad: penal y civil. Segundo, rige para el profesorado de los centros docentes públicos el régimen general de la responsabilidad de la Administración Pública, conforme lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común de 26 de noviembre de 1992 (Díaz Alabart, 1991).

En el ámbito civil, la ley española, al modificar el artículo 1.903, hace responsable a “las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior”; es éste el cambio más relevante que se ha efectuado. La nota a este párrafo de la reforma expresa que se ha suprimido la modalidad de la “culpa in vigilando” y ha derivado la responsabilidad hacia quienes deben adoptar las medidas de organización, es decir los titulares de los centros.

Pero, según entiende De Ángel Yagües (1993),

Ello no ha significado variar el fundamento, ya que no se ha modificado el párrafo que contempla las causales de eximición y ésta opera cuando “prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”. Si la ausencia de culpa exime la responsabilidad, es que ésta reposa en la culpa, aunque no sea ese el factor de atribución que finalmente se considere.

No obstante, observa que si bien la reforma no ha instaurado una responsabilidad objetiva, es probable que los tribunales entiendan casi de facto

que lo es por considerar que la explotación de esta actividad depara ventajas económicas que crean el deber de responder prácticamente en todos los casos pues generan un riesgo.

En cuanto a los Centros Públicos de enseñanza, éstos cuentan con un régimen distinto. Es que allí funcionan las reglas de la responsabilidad del Estado, que es de tipo objetiva. Debe recordarse que la norma autoriza a intentar el reintegro por parte del Estado respecto del docente responsable. No obstante, hay un aspecto que resulta beneficioso para los maestros, y es que la acción de reintegro sólo opera en casos de culpa grave o dolo.

Plovanich de Hermida (1997-1998) señala también que, en España,

(...) autores como José M. Caballero Lozano y Silvia Díaz Alabart, puntualizan algunas deficiencias que subsisten en la legislación española y propugnan en definitiva una modificación como la que ha adoptado el régimen argentino. Por ejemplo sugieren que se incluyan como resarcibles no sólo los daños causados sino los sufridos por el alumno menor de edad mientras se halle integrado al centro docente, pues mantener eximentes con base subjetiva hace que se torne aparente la modificación en el fundamento, y la doble regulación, penal y civil, resultan para la doctrina aspectos que es necesario reformular.

Frente a estas observaciones, coincidimos con la que propone unificar la regulación y, en particular, con hacerlo dentro del sistema de la responsabilidad civil. Pero, aún frente a las críticas de numerosos autores en torno a que la reforma fue incompleta, no podemos sino coincidir con el legislador que mantuvo *ex profeso*<sup>14</sup> el sistema de base subjetiva. Ello así, aún deba exigirse un mayor deber de cuidado a quienes encaran la función educativa, mayor rigor en el control administrativo de las actividades escolares o arbitrar medios para favorecer la actividad probatoria de los reclamantes que deban enfrentar un proceso judicial.

---

<sup>14</sup> Cuesta creer que el mantener sólo a los daños causados y la eximente por el debido deber de cuidado haya sido una omisión involuntaria o mero descuido.

### **C) Italia**

El artículo 2.048 del Código Civil italiano establece que “los preceptores y los que enseñan un arte u oficio son responsables del acto ilícito de sus alumnos y aprendices durante el tiempo en el cual se encuentran bajo su vigilancia”, liberándose de responsabilidad si prueban no haber podido impedir el acto.

Esta disposición reconoce su origen en el derecho francés, que regula conjuntamente la responsabilidad de los padres y los preceptores. La idea de que el preceptor es un continuador de la autoridad paterna sobre los alumnos justifica la vinculación que se establece entre las figuras.

Esta responsabilidad se añade a la del autor del hecho, cuando éste es capaz de querer y entender, pero no se establece si es con carácter solidario o subsidiario. También se plantea la doctrina si la responsabilidad del preceptor es alternativa o concurrente con la de los padres. En ese sentido, Plovanich de Hermida (1997-1998) menciona que, “(...) en nuestra doctrina, Atilio A. Alterini pareciera inclinarse por mantener la responsabilidad de los padres aún cuando el menor se halle en un establecimiento educativo”.

En cuanto a la prueba liberatoria (no haber podido impedir el hecho), la doctrina y la jurisprudencia -en el caso de los padres- equipara esta prueba a la demostración de haber impartido una educación idónea para ese fin. También atiende a la edad del menor, y así razona que en el caso de los adolescentes próximos a la mayoría o “grandes menores” el control resulta dificultoso y debe ser base de liberación de responsabilidad. Por la analogía con que se legislan las figuras, se entiende aplicable a los preceptores estos razonamientos.

Un claro ejemplo que justifica esa distinción, es de los colegios nocturnos. En ellos, conviven menores adultos y mayores de edad, siendo además que los primeros -usualmente-, presentan un mayor grado de madurez que sus congéneres de los turnos diurnos. Es por tal motivo, que aquellos cuentan con prerrogativas que les están vedadas a los segundos. Por ejemplo,

las normas de permanencia y retiros del colegio antes del horario, son razonablemente flexibles y muy distintas a las que rigen en los establecimientos diurnos a los que concurren alumnos de menor edad. (Hersalís y Jalil, 2006)

En numerosos precedentes jurisprudenciales dictados en nuestro país, como así también algunas autorizadas voces doctrinales (Kemelmajer de Carlucci, Sagarna, entre otros), han declarado que la edad del menor que provoca el daño o la del que lo sufre es un factor que debe tenerse en cuenta. En particular, es un factor relevante para aquellos que sostienen que el hecho de la víctima puede ser considerado también como una causal de exoneración; aspectos que trataremos con mayor detalle en capítulos siguientes.

### **3) La cuestión en América**

Es interesante analizar también cuál es la realidad imperante en la materia en los sistemas jurídicos de algunos de los países limítrofes.

#### **A) Brasil**

El Código Civil brasileño está inspirado en el Código Civil francés y es el que diseña el régimen jurídico básico de responsabilidad civil. En ese sistema general, la culpa, la relación de causalidad y el daño son los presupuestos de la responsabilidad. Algunos estudios (López Cabana, 1996, p. 773), indican que el Código de Brasil está anticuado en relación al tema de la responsabilidad civil.

El derecho brasileño, de una manera general, adopta el principio de la culpa como fundamento genérico de responsabilidad civil: sin culpa no puede hablarse de obligación de reparar el daño, tanto en materia de responsabilidad contractual como extracontractual.

Las normas que gobiernan la cuestión son en cierta forma similares a las que regían en nuestro país, el fundamento de esta responsabilidad reposa en la culpa.

Así se desprende de lo dispuesto en el Título X, Capítulo I del ordenamiento civil brasileño.

## **B) Paraguay**

El Código Civil paraguayo, contempla el tema en el Libro Tercero, Título VIII, Capítulo II, denominado “De la responsabilidad por hecho ajeno”.

Sobre nuestro objeto de análisis en particular, dice el art. 1.843 (que reconoce su antecedente en el artículo 1.348 del Código Napoleón), que los directores de colegios y los artesanos son responsables de los daños causados por sus alumnos o aprendices, menores de edad, mientras permanezcan bajo su custodia.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará si las personas mencionadas en él prueban que no pudieron prevenir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y el cuidado que era de su deber emplear. Cesará también cuando los incapaces hubieran sido puestos bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, caso en el que la responsabilidad será a cargo de ella”.

Es por ello que en Paraguay, aun pesa -en principio- sobre el director del colegio, la responsabilidad por los daños ocasionados por los alumnos. Es él, el responsable durante la estancia del menor en el establecimiento educativo, desde la entrada hasta la salida o retiro e incluso en los recreos o momentos libres.

No es mucha la información que pudimos obtener respecto de las consecuencias del régimen vigente en ese país. Tal vez ello sea así porque, como hace saber Martyniuk Barán (2009),

(...)Por algún inexplicable motivo, la responsabilidad civil de los directores y maestros de las escuelas y colegios no ha merecido un estudio exhaustivo de parte de la doctrina, y menos aún se aborda el tema en las facultades o institutos de pedagogía, ni en los centros de formación docentes. Por otra parte, en nuestro país los precedentes jurisprudenciales son prácticamente inexistentes (...). (pp.33-4)

Por otra parte, agrega que

(...) es claro que en el Paraguay “La mención que hace la ley de los “directores de colegio” (art. 1.843 C.C.) sólo comprende y abarca en la presunción legal de responsabilidad a la autoridad que dirige el establecimiento, y no a los maestros y profesores: respecto de estos se aplica el principio general de la prueba de culpabilidad. Vale decir, no pesa sobre los maestros y profesores la presunción de culpa en caso de daños causados por sus alumnos (...). (p.36)

En cuanto a la posibilidad de eximirse, comenta que

(...) la norma le da al director del colegio la posibilidad de demostrar su ausencia de culpa, poniendo en evidencia que de su parte ha puesto todo el cuidado y diligencia que exigía la obligación tácita de seguridad que le manda velar –entre otras cosas- por la integridad física de sus alumnos, y que no obstante ello no pudo evitar el hecho. No necesita demostrar el caso fortuito o fuerza mayor sino sólo haber vigilado adecuada y suficientemente al autor de la acción. Si se prueba que la vigilancia o el control de la autoridad educativa fue adecuada y el hecho imprevisible e inevitable, se dan las condiciones exoneratorias de responsabilidad (...). (pp.38-9)

La solución es similar a la que regía en nuestro país antes de 1997, las causales de exención de responsabilidad son idénticas y demuestran que el factor de atribución es subjetivo.

### **C) Uruguay**

Aquí también la legislación se basa en un factor subjetivo de responsabilidad: la culpa en la vigilancia. La legislación no ha sido modificada.

En lo que respecta a nuestro ámbito de análisis, el Código Civil uruguayo establece, en el artículo 1.320, que no son capaces de delito o cuasidelito los menores de diez años ni los dementes; pero serán responsables del daño causado por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.

Luego, en el artículo 1.324, dispone la obligación de reparar no solo el daño que se causa por hecho propio, sino también el causado por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia o por las cosas de que uno se sirve o están a su cuidado. Por eso, lo son “(...) los directores de colegios y los maestros artesanos respecto al daño causado por sus alumnos o aprendices durante el tiempo que están bajo su vigilancia. Y lo son, por último los dueños o directores de un establecimiento o empresa, respecto del daño causado por sus domésticos en el servicio de los ramos en que los tuviesen empleados (...)”. Concluye el artículo en análisis, estableciendo que la responsabilidad cesará cuando las personas en él mencionadas, prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Es decir, en Uruguay la imputación sigue siendo de tinte absolutamente subjetiva, sin mayores implicancias que agraven la responsabilidad de los directores de los establecimientos educativos, tal como disponía nuestro anterior artículo 1.117 del Código Civil.

#### **D) Chile**

En el caso de Chile, si nos remitimos a la lectura de las normas del Código Civil que resultarían aplicables a nuestra hipótesis de estudio, podemos observar un fuerte arraigo a la clásica doctrina civilista de los siglos pasados.

De la lectura del artículo 2.319 del código civil trasandino surge que no son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia. Queda a la prudencia del juez

determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior.

Por su parte, el artículo 2.320 siguiente, dispone que toda persona sea responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Por eso, los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso. Pero cesará su obligación, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

Es decir que, si el niño es menor de 7 años, no tiene responsabilidad. Pero se podría demandar a quienes lo tengan a su cargo, por su negligencia en el deber de cuidado. Si fuera mayor de 7 años pero menor de 16, el juez deberá determinar previamente si posee o no discernimiento. En caso afirmativo, será responsable, y en caso negativo, podrán responder por él los que lo tengan a su cargo. Finalmente, si tiene 16 años o más, será plenamente responsable.

Se reitera en este precepto la idea de que por las acciones de los menores se puede perseguir la responsabilidad por perjuicios en contra de quienes lo tienen bajo su cuidado. Así, se podría demandar a los directores o rectores ("jefes") de los establecimientos educacionales, respecto de la conducta de los alumnos ("discípulos") que estén a su cargo, sean mayores o menores de edad, siempre que se encuentren bajo su o control. Sólo se podrán eximir, en estos casos, si prueban que actuaron diligentemente para intentar evitar el daño.

Finalmente, una disposición cuyo contenido será materia de análisis cuando nos refiramos a la responsabilidad de los progenitores, es la que el ordenamiento del país trasandino sienta en su artículo 2.321. Se dispone allí, que "(...) Los padres serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir (...)"

Pero nuestro vecino occidental ha propuesto, hace tiempo ya, una respuesta superadora en materia de respuesta por los accidentes que pudieran sufrir los estudiantes, incorporando un sistema de alcance nacional de seguridad social<sup>15</sup>. En efecto, la ley n° 16.744 que declara obligatorio el Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su artículo 3° dispone que

(...) estarán protegidos también, todos los estudiantes por los accidentes que sufran a causa o con ocasión de sus estudios o en la realización de su práctica profesional.

Para estos efectos se entenderá por estudiantes a los alumnos de cualquiera de los niveles o cursos de los establecimientos educacionales reconocidos oficialmente de acuerdo a lo establecido en la ley n° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza.

No cabe duda alguna entonces, que la ley n° 16.744 avanzó, en materia de reparación de perjuicios, hacia la socialización del daño. Pero, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, ello fue establecido de forma expresa y disponiendo un sistema acorde a esa intención<sup>16</sup>.

En forma particular, respecto de su instrumentación y aplicación en los casos de accidentes sufridos por estudiantes, resulta ineludible el estudio del Decreto Supremo n° 313 que la reglamenta. Allí se determina el universo de

---

<sup>15</sup> La ley marco se refiere principalmente a los accidentes laborales, pero también fueron incorporados los estudiantes.

<sup>16</sup> Resultan un claro ejemplo de lo expuesto las disposiciones contenidas en sus siguientes artículos: **Artículo 8°.-** La Administración del Seguro estará a cargo del Servicio de Seguro Social, del Servicio Nacional de Salud, de las Cajas de Previsión y de las Mutualidades de Empleadores, en conformidad a las reglas contenidas en los artículos siguientes.

**Artículo 15°.-** El Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales se financiará con los siguientes recursos: a) Con una cotización básica general del 0,90% de las remuneraciones imponibles, de cargo del empleador; b) Con una cotización adicional diferenciada en función de la actividad y riesgo de la empresa o entidad empleadora, la que será determinada por el Presidente de la República y no podrá exceder de un 3,4% de las remuneraciones imponibles, que también será de cargo del empleador, y que se fijará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16°; c) Con el producto de las multas que cada organismo administrador aplique en conformidad a la presente ley; d) Con las utilidades o rentas que produzca la inversión de los fondos de reserva, y e) Con las cantidades que les corresponda por el ejercicio del derecho de repetir de acuerdo con los artículos 56° y 69°.

estudiantes comprendidos bajo la protección de la norma, las condiciones y alcance de la cobertura y el régimen de administración de los fondos, entre otras cuestiones.

Si bien consideramos que la lectura del decreto íntegro es de suma importancia<sup>17</sup>, traeremos a colación la disposición de su artículo 3º, pues entendemos que presenta claramente algunos aspectos de los que nuestra norma aplicable carece.

Dice el mentado artículo que

(...) Para los efectos de este decreto se entenderá por accidente toda lesión que un estudiante sufra a causa o con ocasión de sus estudios, o de la realización de su práctica profesional o educacional, y que le produzca incapacidad o muerte.

Se considerarán también como accidentes del trabajo los ocurridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación o sitio de trabajo del estudiante y el establecimiento educacional respectivo, el lugar donde realice su práctica educacional o profesional como también los ocurridos en el trayecto directo entre estos últimos lugares.

Exceptúanse los accidentes debidos a fuerza mayor extraña que no tenga relación alguna con los estudios o práctica educacional o profesional y los producidos intencionalmente por la víctima. La prueba de las excepciones corresponderá al organismo administrador (...).

En primer lugar, hace referencia a la incapacidad o muerte, dejando de lado el reclamo por cualquier otro aspecto que pudiera incitar a intentar un reclamo a fin de “obtener algo” por una situación que no ha generado daño alguno.

Luego, presenta un espectro de cobertura mucho más amplia que la legislación argentina, pues incluye los denominados accidentes *in itinere*.

---

<sup>17</sup> Sugerimos su lectura en los Anexos del presente trabajo. En su defecto, un acotado resumen guiado sobre su naturaleza y alcance puede verse en <http://www.soeduc.cl/?p=785>.

En su último párrafo, determina aquello que tanto dolor de cabeza genera en los pleitos en los que se debate la responsabilidad del establecimiento educativo en nuestro país. Nos referimos a la configuración de la causal eximente que importa el caso fortuito. De conformidad con lo que el Código Civil dispone en su artículo 45, “se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”. Aquí no queda entonces margen de duda sobre los alcances que debe reunir el hecho para eximir la cobertura.

Otro acierto de la norma chilena, es que deja expresamente sentado que el caso fortuito debe ser externo, algo que en el régimen legal argentino es solamente una interpretación doctrinaria y jurisprudencial y que, en puntos subsiguientes, criticaremos. De igual modo incorpora el daño producto del hecho intencional de la propia víctima, causal de exoneración incomprensiblemente dejada fuera de nuestro régimen en la reforma al artículo 1.117 del Código Civil.

No hemos podido investigar si el régimen es, en la práctica, todo lo efectivo que se presenta en la teoría. Pero, al menos, es un buen punto de referencia para repensar nuestro sistema actual.

#### **4) El caso de Nueva Zelanda**

No suele ser éste país un referente a la hora de analizar derecho comparado en nuestro país, y menos aun en materia de responsabilidad civil. En general, los países con raíces legales proveniente del sistema anglosajón no lo son, tanto menos aquellos que no sean Inglaterra o Estado Unidos.

No obstante lo cual, merced a la información suministrada por un alto directivo de un establecimiento educativo de ese país<sup>18</sup> (Piantelli, Leandro. Comunicación Personal, junio 14, 2009), pudimos acceder a conocer con

---

<sup>18</sup> *Deputy Principal del Henderson North School, Auckland, Nueva Zelanda.*

mayor profundidad un sistema que se presenta como una excelente plataforma para intentar resolver nuestra propuesta central de análisis. Es decir, ¿cómo lograr la protección de la víctima reduciendo tiempos y costos, sin imponer a la vez un proceso judicial de condena para el titular del establecimiento a fin de lograr el cumplimiento de la obligación por parte de su aseguradora, en materia de accidentes deportivos?

En el sistema neocelandés, todas las actividades afuera del colegio se denominan *EOTC* (*Education Outside of The Classroom* –Educación fuera del aula. Traducción mía-), que pueden ser desde un partido de algún deporte, un viaje o un campamento. El responsable de asegurarse que se tomen todas las medidas necesarias para prever accidentes o problemas es el *BoT* (*Board of Trustees* –Consejo Directivo. Traducción mía-) (la actividad de todos los colegios está supervisada por un BoT que en teoría es el que maneja el colegio, finanzas, bienes, etc.) (Ministerio de Educación (Nueva Zelanda) (s.f.).

Cuando un profesor planifica alguna *EOTC*, tiene que presentar un formulario *RAMS* (*Risk Assessment Management System* –Informe de evaluación de riesgos. Traducción mía-) para ser aprobado por el *BoT*. Éste se confecciona luego de haber concurrido al lugar en el cual se desarrollará la actividad y de determinados los alcances de la misma. Básicamente, consiste en informar qué tipo de problemas pueden llegar a presentarse, cuáles pueden ser las causas, qué medidas se adoptarán para prevenir los accidentes y cómo se va a actuar si algo ocurre. Una vez completo el formulario se lo entrega al *BoT* para que lo apruebe.

De esta forma, el *BoT* se hace responsable de lo que pueda pasar, y el profesor no es demandable, siempre y cuando haya actuado de acuerdo al formulario *RAMS* y haya obrado diligentemente.

Por otra parte, a comienzos de cada ciclo lectivo, se les pide a los padres que firmen un consentimiento para la realización de actividades programadas fuera del aula (*EOTC*) que tiene vigencia para todo ese año escolar.

Si un accidente ocurre, se lo denuncia ante la ACC (*Accident Compensation Corporation* –Corporación de Compensación de Accidentes. Traducción mía-), que es un seguro de accidentes estatal, quien se hace cargo de los costos de las consecuencias de la lesión sufrida.

La cobertura es realmente amplia y comprende un gran abanico de posibles inconvenientes y perjuicios derivados del hecho dañoso. Por ejemplo: cobertura de material para la movilidad (sillas de rueda, andadores, muletas, bastones); elementos necesarios para uso cotidiano; elementos de tecnología avanzada y los insumos necesarios (intercomunicadores, asistentes de lectura o elementos con sistema Braille para ciegos, asistentes sonoros para sordos, teléfonos especiales); traslados al colegio y lo necesario para la adaptación al mismo si hubiera que hacer modificaciones, personal que fuera necesario para cubrir la imposibilidad de traslado (enfermería y/o docentes particulares); entre otros.

Si la incapacidad fuera tal que impidiera el desarrollo de actividades productivas futuras, se cubre con una suerte de seguro de desempleo de por vida. Pero no hay un monto fijo en concepto de indemnización.

Para obtener la cobertura, sólo debe contactarse con un representante de ACC e informarse sobre la extensión de la cobertura en el caso concreto, llenar un formulario (ACC001), enumerando las necesidades requeridas, y acompañar certificados médicos y facturas, recibos, presupuestos o cualquier otra prueba con que se cuenta para justificar las sumas reclamadas (sea por adelantado o como reembolso).

También se pueden hacer pedidos verbalmente, pero en ese caso debe ser por un tipo de ayuda específica (ej: una silla para utilizar en la bañera), o autorizar otras personas, como por ejemplo un familiar o al médico para que realicen el pedido en su nombre.

Una vez recibido el reclamo, se arregla una entrevista con un asesor de ACC para que éste evalúe el alcance del daño, las necesidades y la mejor

forma para su tratamiento. El tiempo promedio en el que ACC se expide es de 21 días.

Si la ACC declinara la cobertura o un alcance total de la misma, el damnificado puede pedir su revisión.

Como puede observarse, el sistema privilegia la pronta asistencia y recuperación de la víctima, y no el largo proceso para obtener una suma de dinero. Asimismo, docentes y establecimientos, en tanto hayan cumplido con las pautas expuestas en el formulario *RAMS* y no hayan incurrido en actos dolosos o asumido otros riesgos, quedan exentos de responsabilidad.

Si el damnificado pretendiese un resarcimiento en la inteligencia de que el daño se debió a una inadecuada práctica profesional del docente o a la falta de recaudos mínimos por parte del establecimiento, entonces sí podrá intentar una vía judicial, pero tendrá que probar la causa alegada.

Piantelli nos hacía saber que, a diferencia de su experiencia como profesor de educación física en un colegio de Northampton, Inglaterra, donde, si bien el sistema es similar, la gran diferencia es que allá (por Inglaterra) sucedía algo parecido a lo que ocurre mayormente en Estados Unidos en donde por cualquier accidente, por minúsculo que fuera, los padres pretenden grandes e injustificables sumas de dinero como compensación<sup>19</sup>. Según afirma, ello no sucede en Nueva Zelanda (Piantelli, Leandro. Comunicación Personal, junio 14, 2009).

Otra diferencia, es que en Nueva Zelanda todavía no son tan exigentes con la presentación de formularios y trámites a realizar, mientras que en Inglaterra, piden tantos formularios y documentos, que muchos colegios han comenzado a hablar de cancelar viajes afuera del colegio por la cantidad de formularios y trámites y la responsabilidad enorme que se estaba poniendo sobre los profesores y el colegio<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Tendencia en lamentable aumento en nuestro país también.

<sup>20</sup> Nos cabe la misma apreciación que en la nota anterior.

## CAPÍTULO III

### LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUS FUNDAMENTOS

#### **1) La norma aplicable**

El art. 1117 del Código Civil argentino establece:

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 medidas para el cumplimiento de la obligación precedente.

La presente norma no se aplicará a los establecimientos de nivel terciario o universitario.

Como afirma López Mesa, la objetividad de la norma es indudable.

Por dos motivos: primero, porque la demostración de la falta de culpa del titular del centro no lo exime de culpa; y segundo, porque el sistema del artículo 1.117 es todavía más objetivo que el que se tuvo en mira al reformarlo, que fue el artículo 1.903 del Código Civil español, a cuyo respecto la jurisprudencia española ha juzgado también su carácter objetivo<sup>21</sup>, "(...)pese a que se trata de un régimen basado sobre la culpa presunta del centro (Gómez Calle, 2002)"<sup>22</sup>. (2009(2))

En sentido similar se pronuncia De Ángel Yagúez (1993).

---

<sup>21</sup> Dice el autor en cita, que conviene recordar, respecto del perfil general del art. 1.903 español, un fallo de la Audiencia Provincial de Sevilla, donde se indicó que la responsabilidad que el art. 1.903 del Código Civil impone al titular del centro es éticamente objetiva (cfr. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 2ª, 13/6/00, sent. N° 497/2000, ponente: Sra. Gómez-Salvago Sánchez, en El Derecho (Esp.), caso 2000/67626.

<sup>22</sup> Gómez Calle, E. (2002), "Responsabilidad de padres y centros docentes", en "Tratado de responsabilidad civil", Reglero Campos (coord.), Madrid, Aranzadi, págs. 1072/1073.

Para otros, la particular regulación establecida por la norma en su nueva redacción merece una designación especial, y no dudan en calificarla de “ultraobjetiva”. (Arias Cáu, Chaín Molina y Nieto, 2010)

Mientras tanto, para Andrada (2007), a pesar de las numerosas críticas por su inadecuada técnica legislativa, la solución adoptada ha sido muy bien recibida por la mayor parte de la doctrina. Señala al respecto, que reiteradas veces se ha dicho que la exigencia de que los daños sean reparados tiene raíz constitucional. En ese orden de cosas, dice, los mecanismos del derecho privado deben dar pleno efecto a la intención del constituyente. Por esa razón, entiende que la ley nº 24.830, “(...) en tanto facilita la obtención de la reparación a la que tienen derecho los terceros y los ocho millones de alumnos menores de dieciocho años de nuestro país, ha dado pleno efecto a la intención del constituyente y la ha concretado en realidades tangibles”. (2007, p.165)

En este capítulo, nos adentraremos en el análisis de los fundamentos que sustentan esta responsabilidad objetiva que impone a los centros docentes, casi sin excepciones, el deber de responder frente a los daños sufridos y/o provocados por sus alumnos.

## **2) La responsabilidad objetiva**

En el estado actual de cosas, no cabe duda de que, a veces más lento y otras más a prisa, se va hacia la objetivación en materia de responsabilidad.

En ese tren de ideas, Moreno Martínez, señala que

Se parte de la doctrina del riesgo, que mantiene que quien aprovecha las ventajas de una conducta, una empresa, unos medios o instrumentos, debe pechar también con los inconvenientes, cuáles son, en primer lugar, reparar los daños que se causen por ello. Se buscan soluciones cuasi objetivas, aislado cada vez más el concepto de culpa y llevándolo al nexo causal. Y se llega a la objetivación: se desplaza la culpabilidad al nexo causal; la acción se cualifica por la culpa y ésta se sustituye por el riesgo. (2008, p.804)

Según afirma el autor español, la jurisprudencia va, cada vez más, hacia la responsabilidad objetiva; cuando se prueba una culpabilidad o ésta se presume, no hay problema, pero cuando el caso es extremo, aplica la responsabilidad objetiva de una manera clarísima. No hay duda que tiene en cuenta dos factores. El primero, el alarmante aumento de riesgos con la consiguiente frecuencia de la producción de siniestros. El segundo, la constante presencia de contratos de seguro que cubren aquellos riesgos y son, en la práctica la mayoría de las veces, los deudores reales de la obligación de reparar el daño.

Como reseña Vázquez Ferreyra (1993)

El auge del maquinismo, la gran industria, los nuevos medios de locomoción, los productos elaborados en masa, el alcance de los medios de difusión, etc., nos ponen ante nosotros toda una serie de daños injustamente sufridos por la víctima, pero que en su origen no encontramos a un sujeto culpable a quien reprimir. Si siguiéramos apegados a las concepciones clásicas, la víctima se quedaría sin indemnización, totalmente desamparada. (pp. 15-6)

Frente a ese problema, fue preciso buscar nuevos fundamentos que sustentaran la responsabilidad civil. De tal forma, aparecen los factores de atribución de tipo objetivos, tales como el riesgo creado o el de empresa, la equidad, la garantía, la solidaridad social, la distribución de las cargas públicas, entre otras.

Estas razones, originariamente concebidas para intentar equilibrar las desproporciones derivadas de la industrialización y masificación de productos y servicios, se han ido enraizando en casi todos los órdenes de la vida del ser humano. Incluso en aquellos donde no se logran advertir ninguno de los presupuestos que le dieron origen, como ser el uso de máquinas, el producto defectuoso, el riesgo-provecho, etc. Lo que se intenta en última instancia, y más allá de todas las justificaciones esbozadas en derredor, es que no quede daño sin reparar.

Loable intención, imposible de controvertir en su espíritu. Claro que la cuestión no es tan sencilla cuando debe determinarse quién o quienes deben

responder, en qué casos deben hacerlo y el alcance de ese deber de reparación, entre otras cuestiones. Es que, en primer lugar, no todo daño debe ser reparado por quien lo causa (sea en forma directa o refleja), sino sólo el injustificadamente sufrido y, para determinar esa característica, se impone el análisis en cada caso concreto. Ello es, aún en un sistema tan riguroso como el nuestro, innegable.

Por otra parte, debe también tenerse en cuenta, las consecuencias que trae aparejadas la imposición de un régimen de esa naturaleza. Máxime, cuando viene a insertarse a la fuerza dentro de una estructura que presenta un formato esencialmente distinto, tal como la que exhibe nuestro Código Civil. Dado nuestro ámbito de análisis, podríamos decir que si se cambian las reglas se cambia de juego.

¿Qué queremos significar con ello? Que no es razonable entender que podría modificarse drásticamente la responsabilidad de quienes llevan adelante la actividad educativa sin que se produjeran cambios radicales en su desarrollo.

A salvo lo expuesto, comenzaremos el análisis del sistema de responsabilidad objetiva propuesto.

### **3) Los factores de atribución**

Como apuntamos anteriormente, no es discutible entonces que el titular del establecimiento educativo responde en base a un criterio objetivo. Ello así, pues la norma limita sus defensas a la prueba de la ruptura del nexo causal. Sin embargo, la doctrina discrepa sobre cuál es el fundamento último de la imputación de responsabilidad.

Zavala de González (1991, p.74), afirma que la responsabilidad objetiva de los propietarios de establecimientos tiene su razón de ser "(...) en el "afianzamiento de la doctrina sobre un deber de garantía, concebido como de resultado", pues el establecimiento "debe asegurar la no producción de daños en general, sean aquellos (los alumnos) agentes o bien víctimas de sucesos

lesivos" (...)". La posición es compartida por Sagarna (2003, p.927), Gianfelici (1995, pp. 100-1) y López (2005, p.473) aunque, para este último, la garantía es puesta en cabeza de quien se encuentra en mejor posición para responder por las consecuencias dañosas. Por eso, señala que "la justificación radica en un intento de distribución más equitativa de los daños y el espíritu proteccionista de la víctima que alienta el moderno Derecho de Daños". En igual sentido se pronuncia Sambrizzi (1998).

Kemelmajer de Carlucci (1998) agrega al factor garantía, el del riesgo. Para la distinguida jurista cuyana

Se trata de una garantía creada por la ley fundada en el riesgo de empresa. No se trata de que la educación sea una actividad riesgosa ni peligrosa, sino que la ley impone, a quien presta el servicio de modo organizado (sea un ente público o privado) el deber de prestarlo sin producir daños. (p. 1.047)

Los fundamentos giran en torno a una misma idea de garantía del prestador del servicio educativo, matizada con consideraciones sobre el riesgo creado o con criterios economicistas, como el aseguramiento de la indemnización. En cualquier caso, las eximentes se limitan a la prueba del hecho que rompe o concausa el nexo causal.

En ese sentido, Mathov (1996) reseñaba la opinión vertida por una especialista respecto de lo acontecido en la experiencia española al modificarse el régimen de responsabilidad en la materia, quien exponía que

En este sentido, quizá hubiera sido preferible que, de una vez por todas, el legislador hubiera establecido el carácter objetivo de la responsabilidad del titular del Centro. No tanto por la consideración práctica recogida en el párrafo precedente<sup>23</sup>, sino porque en este ámbito, como en el empresarial en general, sí que median razones que lo justificarían y a las que, en cierto modo, alude la propia Exposición de Motivos de la Ley, cuando fundamenta su responsabilidad en que son los titulares del Centro

---

<sup>23</sup> Se refiere al hecho de que los tribunales españoles hacen una aplicación objetivadora de las normas del Código Civil relativas a la responsabilidad del empresario, que también se encuentra contemplada en el art. 1.903 de dicho Código, no obstante el fundamento culpabilístico que surge del último párrafo del aludido artículo, tendencia que puede extenderse al supuesto de responsabilidad de los centros docentes.

“quienes deben adoptar las correspondientes medidas de organización”.

El riesgo de que se produzcan daños en el curso de las actividades escolares, extraescolares y complementarias es un riesgo propio de lo que podría denominarse la empresa docente; concebida ésta como una unidad económica y de riesgos, cabría consagrar la responsabilidad objetiva de su titular, que, en último término, se encuentra en condiciones de calcular la cuantía de esos posibles daños (o, en su caso, de las primas de un seguro que los cubra), para incluirla entre los costes generales de su actividad y repercutirlo en lo que pagan<sup>24</sup> los consumidores de su servicio (básicamente, los padres de los alumnos). (Gómez Calle, 1991, p.269)

Es conveniente entonces, analizar uno a uno los posibles factores de atribución aplicables, sus características, y las posibles consecuencias de su aplicación al caso concreto.

## **A) Deber de seguridad**

### **a) Generalidades**

Una de las cuestiones más íntimamente vinculada con el hecho dañoso, tiene que ver con el objeto del contrato y la llamada obligación accesoria de seguridad sin la cual, se presume, las partes no contratarían.

Por eso, Gregorini Clusellas (1989) afirma que

La seguridad será entonces el objeto determinado, que adecuadamente cumplido, hará que su destinatario se mantenga indemne y si dicho logro fracasa, deberá presumirse incumplida. Entonces el deudor deberá responder salvo que demuestre que el daño se produjo (*onus probandi* a su cargo), por caso fortuito, fuerza mayor o hecho de la víctima o de terceros que no debe asumir y ninguna otra vía tendrá para exonerarse. (p.499)

Actualmente, en los casos de daños sufridos o provocados por alumnos, sólo el caso fortuito ha sido previsto como eximente legal.

---

<sup>24</sup> Téngase presente que en el ordenamiento español, la responsabilidad objetiva del Estado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos está consagrada en otras normas.

En ese sentido, son numerosos los fallos que han establecido que es indudable que las obligaciones emergentes de un establecimiento educativo no se reducen a prestar educación, sino que abarcan la obligación de seguridad y, aunque esta obligación se halla vigente tanto en el plano contractual como en el extracontractual, lo que determina la obligación contractual, para distinguirla de la responsabilidad extracontractual, no es necesariamente la existencia efectiva de un contrato del que el autor del daño hubiera incumplido su obligación, sino puramente la existencia de una concreta obligación preexistente, cualquiera sea la fuente. La extracontractual se presenta cuando no media esa obligación asumida por el agente, sino solamente el deber genérico de no inferir lesión en la esfera jurídica ajena<sup>25</sup>.

Con respecto a la sociedad titular del colegio, se ha dicho que no existen dudas de que rigen las normas que regulan la responsabilidad contractual derivadas del vínculo preexistente entre los padres del menor alumno y la dueña del establecimiento, quien además de la obligación principal de impartir enseñanza y educación, garantizó la preservación de la integridad física del alumno<sup>26</sup>.

Bustamante Alsina decía, ya antes de la reforma de 1998, que

Resulta razonable suponer que aun cuando el establecimiento no garantice como resultado que los alumnos serán devueltos a sus padres sanos y salvos, se encuentra ínsito en la naturaleza del contrato su compromiso a proporcionar todos los medios apropiados para que el menor no sufra daño alguno, como ser instalaciones adecuadas cuyo uso no comporte riesgos, la presencia de personal idóneo en el cuidado y vigilancia de los menores, etc. (1984, p.73-4)

Concordante con lo expuesto, Novellino (1998) ha sostenido que tal deber de garantizar que como consecuencia de la ejecución del contrato la otra

---

<sup>25</sup> CNCiv. Sala "L", 13/12/1996. "Borlee, María Cecilia e/ M.C.B.A. s/ ds. ps."; íd. Sala "D", 18/03/98. "Lanzillotta, Humberto José y otra e/ Escuela del Sol y otro s/ ds. ps.", JA del 11/08/1999, n° 6154, pág. 62; entre muchos otros.

<sup>26</sup> CNCiv. Sala "C", 08/07/1999. "Márquez Eduardo Carlos y otros c/ San Juan El Precursor S.A.E. s/ ds. ps.", JA 2000- I-360.

parte no sufrirá daños en su persona o bienes -conocido también como deber de 'indemnidad'-,

(...)tiene su fundamento en principios elementales de toda relación humana que rigen aunque no estén expresamente declarados dado que forman parte del respeto a la dignidad humana consagrada en el artículo 33 de nuestra Constitución Nacional, al igual que su artículo 17 lo hace respecto a los bienes de las personas (...). (p.74)

Este autor sostiene también, que "(...) como consecuencia de lo expuesto debe imperar la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos como factor integrador del mismo negocio jurídico según así lo contempla el artículo 1.198 del Código Civil". (p.74).

Por eso, para estos autores -entre otros-, resulta inimaginable que alguien pudiese contratar sin sobrentender que se encuentra implicado el aludido deber de seguridad.

En sentido similar, se ha dicho en un fallo, que al ser precisamente el art. 1.198 del Código Civil la norma que da sustento legal a la obligación tácita de seguridad, resulta inadmisibles sus alegaciones para liberarse, por entender que no corresponde inferir cuestiones que jamás fueron tenidas en cuenta al contratar, pues interpretar que al celebrarse un contrato de enseñanza no se contempló el deber de resguardar la integridad física del alumno denota una actitud desaprensiva de quien tiene a su cargo un establecimiento educativo. Es que no sólo tiene éste el deber genérico de no dañar, sino el específico y preexistente de adoptar las medidas de prevención, cuidado y vigilancia para preservar a los alumnos de los daños que pueden producirse durante la ejecución del contrato, cuyo desarrollo evidentemente comporta riesgos<sup>27</sup>.

Mathov (1996), en el trabajo doctrinario que sirviera de fundamento para su proyecto de reforma, decía que resulta indudable que cuando los padres dejan un menor en una institución educativa lo hacen con la convicción de que sus hijos no sufrirán daño alguno; pues ningún padre se sentiría tranquilo si

---

<sup>27</sup> CNCiv. Sala "C", 19/12/2002. "V., R. P. c/ Colegio Esteban Echeverría S.A.E. s/ ds. ps.", *elDial*, AA414D.

pensara que podría ser de otro modo. Por eso, sostiene que si algún alumno sufre un daño -por cualquier causa que fuere- se produce el incumplimiento de la obligación de seguridad asumida como de resultado por parte del instituto educativo y nace, correlativamente, su deber de responder objetivamente.

Al respecto, Mosset Iturraspe y Piedecosas señalaban que la modificación de referencia tiene su razón de ser dado que la permanencia en las escuelas o colegios suele ser ocasión propicia para que el menor en contacto con sus compañeros -generalmente en los momentos de recreos o descanso, o aún en la clase-, cause un daño al compañero de banco o de aula o simplemente de colegio. También destacan, que los padres delegan el cuidado de sus hijos en las horas de permanencia en la escuela, en la inteligencia y confianza de que estarán sanos y salvos, indemnes, sin peligro para la integridad física o psíquica. Para los autores referidos, el daño al menor no es un hecho casual, ni fortuito, sino que es un hecho que puede y debe anticiparse y evitarse. (2007, p.364-6)

En ese sentido, Plovovich de Hermida (1997-1998) afirma que la obligación de impartir educación es la esencia del contrato, pero que no resulta suficiente, pues aquélla se integra con la de seguridad. Para ella, ambas obligaciones (enseñanza y seguridad) son inseparables, y por eso el cumplimiento de una supone adoptar los resguardos que implica la otra. Es por eso que no cabe distinguir entre obligación principal y accesorio.

Nosotros coincidimos con la importancia de extremar los recaudos necesarios para prevenir todo tipo de daños que los educandos pudieran sufrir durante su instrucción. En lo que respecta al alcance de ese deber, se ha expuesto que "(...) la obligación de seguridad debe reforzarse desde el momento en que se entrena a personas que se encuentran en pleno aprendizaje (...) (Delebecque, 1996, p.118)"<sup>28</sup>. De ello, no caben dudas.

---

<sup>28</sup> citado en CNCiv. Sala "C", 08/08/2006. "Caballero, Ivana M. c/ Aisemberg, Jacinta M. y otros s/ ds. ps.", JA 2006-IV-81.

No obstante, consideramos que no puede asignarse a toda la actividad educativa el mismo nivel de exigencia, y de reproche, por los daños que pudieran ocasionarse durante su desarrollo. En efecto, si bien es correcto que el educador siempre debe arbitrar los medios para prevenir accidentes y velar por la seguridad e integridad de los alumnos durante la instrucción, no todas las actividades educativas permiten garantizar de igual modo ese resultado.

Es de toda lógica reconocer que no son similares los riesgos derivados de la formación en el aula que los que pueden surgir de actividades fuera de ella, sean éstas académicas (vgr. excursiones a museos o sitios de interés), recreativas (*pic-nics*, campamentos) o deportivas (vgr. juegos o deportes). En este último marco deben diferenciarse también los deportes de menor y de mayor riesgo. El riesgo que cada una de éstas puede implicar difiere en forma notoria.

Por eso, no pueden asimilarse los daños provocados, por ejemplo, por el mal estado de conservación de la infraestructura<sup>29</sup>, a aquellos sufridos como consecuencia de la mala conducta de un compañero revoltoso o a una pelea entre niños que surge de manera imprevista. Ni aquellas son asimilables a la lesión que pudiera derivarse de una situación de juego durante la práctica deportiva.

Es que la primera de las situaciones mencionadas es previsible y evitable si se toman los debidos recaudos y controles. La permanente supervisión, refacción e inversión en el mantenimiento de una adecuada estructura es, a no dudarlo, una obligación inexcusable e insustituible del titular del establecimiento.

En el segundo supuesto, la cuestión se presenta más compleja. Es que la conducta dañosa de los menores entre sí puede o no ser previsible y evitable según cada caso. Hay alumnos que son proclives al conflicto sobre los cuales

---

<sup>29</sup> Por ejemplo: la caída de una pared o una lámpara, bancos en mal estado o con clavos expuestos, cables o enchufes expuestos o sin protección adecuada, etc.

los docentes suelen ejercer una mayor supervisión. Pero también están los que suelen ser tranquilos y que, en alguna oportunidad, pueden reaccionar en forma desmedida causando de improviso un daño inevitable.

En la tercera hipótesis, eje de nuestro trabajo, la existencia de un accidente deportivo es potencialmente cierta, aunque imprevisible su ocurrencia y esencialmente inevitable en su producción. Ello, aun cuando puedan adoptarse todas las medidas posibles para disminuir el riesgo y/o dar una mejor atención en la emergencia.

A diferencia de lo afirmado por algunos de los autores citados en este capítulo, nos resulta ciertamente impensable que alguien pueda razonablemente celebrar un contrato educativo asumiendo que **nada** le pasará **nunca** a su hijo o que, de lo contrario, el establecimiento deberá responder por **cualquier** cosa que suceda.

Desde la primera sala de jardín de infantes hasta el último año del secundario es, no sólo pensable sino prácticamente ineludible, que el niño no sea parte de algún hecho en el que pueda provocar o provocársele algún daño sin que ello sea imputable a una inadecuada prestación del servicio educativo. A mero modo de ejemplo: mordidas o caídas en la etapa inicial, empujones y más caídas en la primaria, golpes en riñas o lesiones derivadas de bromas pesadas en la secundaria. Quien afirme que ello es siempre evitable para la institución educativa, seguramente ha sido escolarizado por una institutriz en la comodidad de su hogar y no ha pisado nunca un colegio. Y ello, teniendo en cuenta que no hemos mencionado aun, los ejemplos de accidentes deportivos.

Seguramente sea por eso que, en la mayoría de los casos, los accidentes sufridos en ocasión de la enseñanza no son judicializados. Por ello y porque aunque la denominada “industria del juicio” ha incrementado su producido en los últimos años, aún no se ha desarrollado –afortunadamente– con la extensión pretendida por quienes, en el mejor de los casos, consideran que siempre que hay un daño hay una obligación de resarcir y, en el peor,

persiguen una oportunidad para obtener un rédito de cada circunstancia adversa, embarcando a las familias en verdaderas aventuras judiciales<sup>30</sup>.

En cuanto a la extensión de la obligación de seguridad a la actividad deportiva –eje de nuestro análisis específico-, ésta ha sido largamente cuestionada. Así por ejemplo, decía Mayo que para una parte de la prestigiosa doctrina francesa, “(...) la obligación de seguridad no se encuentra en la enseñanza de todos los deportes; sino tan sólo en la de aquéllos que no cabe aprender sin exponerse a accidentes; tal como la conducción de un automóvil (...) (Mazeaud, y Tunc, “Lecciones”, I, p.229)” (1984, p.960).

En igual sentido, aunque respecto de la actividad recreativa en colonias de vacaciones, se sostuvo que la obligación accesoria de seguridad, mediante la cual debe velarse por la integridad física del niño sometido a actividades riesgosas como lo es la de utilizar un natatorio, es de medios y no de resultados. Mera obligación de prudencia y diligencia y no determinada de devolver sano y salvo al pequeño<sup>31</sup>.

También en esta materia, la controversia respecto de si la obligación es de medios o de resultado se ha hecho presente. Analizaremos ese aspecto en el punto siguiente.

## **b) ¿Medios o resultado?**

En doctrina, respecto del debate sobre si la obligación de seguridad es de medios o de resultado, las opiniones son discrepantes.

---

<sup>30</sup> No es tan común verlas en demandas contra establecimientos educativos, aunque si lo es en reclamos contra instituciones deportivas, vgr.: CNCiv. Sala “H”, 14/12/1995. “Ramella, Claudia Inés c/ Club Atlético Obras Sanitarias de la Nación”, inédito, ver Anexo 2; íd. 20/12/2007. “Fiorenzano de Ruiz Díaz, Lucía y otro c/ Club Atlético Boca Juniors s/ ds. ps.”, LL del 11/07/08; íd. Sala “I”, 15/07/2008. “Pucheta, Valentín Ángel y otro c/ Club Atlético River Plate s/ ds. ps.”, *eIDial*, AA5D9A.

<sup>31</sup> CNCiv. Sala “A”, 15/11/1990. “Mosca de Fink, Carlota E. y otros c/ Bet-Am Medinaah Israel y otro s/ ds. ps.”, LL 1991-E-417.

Juristas como Bueres<sup>32</sup>, Bustamante Alsina (1984, p.73) y Salinas (1969, p.1.363), entienden que se trata de una obligación de medios.

Por el contrario, otros tales como Agoglia, Boragina y Meza (1993, p. 172) y Novellino (1998, pp.75-8)<sup>33</sup>, sostienen que siempre la obligación de seguridad es de resultado. En una posición intermedia se ubica Vázquez Ferreira, quien cree que ello debe determinarse en cada caso, conforme el aleas en la ejecución de la obligación (1987, pp. 951-2).

También en algunos fallos se la ha establecido como de resultado, al señalarse que

(...) si se intenta hacer efectiva la responsabilidad contractual del deudor basta con demostrar el incumplimiento material en que éste ha incurrido. Por ejemplo, los padres de un menor que sufre un daño dentro del instituto educacional al cual concurre, no tienen que probar la negligencia o imprudencia de la persona a quien la directora del establecimiento haya encargado en concreto de cuidar a dicho menor; les basta con acreditar que el hijo no fue reintegrado sano y salvo (...) El instituto educativo debe correr con todo lo necesario para reintegrar al menor en las mismas condiciones en que se lo entregó la madre (...) <sup>34</sup>.

En un sentido similar, se ha fallado que "(...) la persona o institución benéfica, que recibe a un niño de corta edad que otra le confía para su cuidado, asume una obligación determinada de asegurar su integridad, debiendo prever que el menor puede cometer imprudencias"<sup>35</sup>.

Para quienes sostienen esta postura, del texto del artículo 1.117 del Código Civil se desprende que la obligación de seguridad es concebida de

---

<sup>32</sup> Su voto en disidencia en el fallo de la CNCiv., sala "D", 29/8/1983. "Israel, Carlos R. Y otra c/ Denaro, Graciela B. y otra", LL 1984-B-74.

<sup>33</sup> Quien señala que debe considerarse especialmente la opinión de Mathov, en el sentido de considerarla como de resultado, toda vez que su postura fue la mayormente receptada en la redacción final de la norma. También cita a Sagarna, refiriendo que ese autor, aun antes de la modificación, ya planteaba la existencia de una obligación de seguridad de resultado.

<sup>34</sup> CNCiv. sala "D", 29/8/1983. "Israel, Carlos R. y otra c/ Denaro, Graciela B. y otra", LL 1984-B-69.

<sup>35</sup> CNCiv. Sala "C", 06/09/1988. "Parrás, Norma c/ Arzobispado de Buenos Aires", LL 1989-B, 491.

manera paralela e inseparable de la obligación principal de brindar educación. Es que, si la única causal liberadora de responsabilidad es el caso fortuito, significa que la obligación es concebida de manera objetiva, es decir, se garantiza un resultado: la indemnidad del alumno.

El Diputado Mathov (1996), al fundar esta tesis, sostenía que

Los propietarios de los establecimientos educativos son los que eligen al personal que tendrá la misión de cuidar a los alumnos, son los obligados al adecuado mantenimiento edilicio y de las cosas generadoras de riesgos de que se sirven; son los que deben tomar todas las medidas de organización y control para el desarrollo seguro de la labor desplegada; son los que presencian la ocurrencia del hecho dañoso que puede sufrir un alumno, en circunstancias totalmente ajenas a la posibilidad de control por parte de los padres; son los que, en definitiva, deben hacerse cargo del riesgo que su propia actividad implica.

Por eso, para él, si algún alumno sufre un daño, por cualquier causa que fuere, se produce el incumplimiento por parte del establecimiento educativo de la obligación de seguridad de resultado comprometida -ya sea en virtud del hecho propio del propietario o de las personas de que se sirve o de las cosas que utilice- y emerge su responsabilidad contractual, directa y objetiva, sólo exonerable por la fractura del nexo causal. Es por eso, que la única causal de liberación de responsabilidad que contempla el artículo 1.117 es la prueba del caso fortuito.

Su propuesta contenía además, en forma expresa, la de determinar una obligación de resultado por parte de los titulares de establecimientos educativos.

Sin embargo, tal como señala Peralta Mariscal, hay que tener en cuenta que, en ese aspecto puntual,

(...) el proyecto de Mathov fue dejado de lado por el Congreso, por lo que esa opinión no es aplicable a la normativa vigente sino a otra que jamás llegó a sancionarse. Además, es claramente desacertada pues la obligación de resultado sólo puede exigirse a quien cuenta con los medios para lograr el resultado y, como hemos visto, los daños de las características que aquí se ventilan

terminan siendo en muchas circunstancias inevitables aún cuando se tomen todas las precauciones imaginables, salvo que se pretenda que exista un solo alumno por curso y que los estudiantes no estén en contacto entre sí dentro del establecimiento educativo en momento alguno, lo que -como es público y notorio-, no ocurre en ningún establecimiento educativo del país ni del mundo<sup>36</sup>.

De ello se sigue, que existen sobrados motivos para entender que la obligación de seguridad no debe, necesariamente, entenderse como de resultado. Así, en principio, al no haber disposición legal expresa, no podría imponerse esa interpretación. No obstante, nos inclinamos por la interpretación ecléctica que propone Vázquez Ferreira, dejando librado a la interpretación judicial en cada caso concreto, su naturaleza.

## **B) El riesgo**

La mayoría de los autores coinciden en que resulta dificultoso considerar la tarea educativa como una actividad riesgosa, dado que al hablar de educación de menores piensa uno en la tarea en el aula, la transmisión de conocimientos, actividades compartidas en un clima de orden, respeto y afecto. No obstante, es innegable que a veces la adquisición de conocimientos específicos o desarrollo de habilidades operacionales implica el uso de elementos que entrañan una potencial peligrosidad. Los lamentables accidentes producidos en los gabinetes de física, química, sala de máquinas, clases de educación física, etc., son una clara muestra de ello<sup>37</sup>.

Un párrafo aparte merecen los desórdenes de conducta, incremento de la violencia en los juegos o en la forma de comportamiento de los alumnos<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> CCiv.Com. de Bahía Blanca Sala 2ª, 06/11/2009. "V. y otros c/ P. D. B. A. y otros s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ53286.

<sup>37</sup> Sólo por mencionar algunos: CNCiv. Sala "L", 13/12/1996. "B., M. C. c/ M.C.B.A. s/ ds. ps.", *LL* 1997-C-765; Sagarna (1998, p. 831).

<sup>38</sup> Desde la falta de conducta que deriva en lesiones en ocasión preparatoria de juegos: CNCiv. Sala "A", 03/07/2009. "G., R. J. c/ Babar Bilingual School Dominique Seguin s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ46829; durante el juego: CCiv.Com. de San Martín Sala II, 17/08/2004. "Calderón, Liliana y otro c/ Instituto Educativo Casa del Sol SRL s/ ds. ps.", *LLBA*-2005 (feb.)-116; en el aula: S.C.J.B.A., 24/09/2008. "T., F. F. L. c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ ds. ps.", *MJ*,

Para algunos, esos sucesos sobre los que cada vez más seguido nos informan los medios de comunicación, justifican el concebir la actividad escolar como riesgosa. Alumnos que agreden a sus compañeros o superiores a golpes, puntapiés, o más grave aún, con armas blancas o de fuego, evidencian que hay hechos que tienen lugar en el mismo ámbito que la tarea intelectual o de formación cognitiva; lleva a que se afirme que no resulta exagerado entonces considerar la presencia del riesgo como fundamento de la obligación.

Así, para ellos, en los hechos dañosos más frecuentes -tales como accidentes acaecidos en los recreos, golpes, caídas, producto de la participación exaltada de un grupo de estudiantes-, operará el factor riesgo o garantía por incumplimiento de la obligación de seguridad. Pero de lo que no hay duda, es que el factor de atribución es objetivo y, por eso, el establecimiento educativo sólo se liberará de responsabilidad si logra acreditar la ruptura del nexo causal.

Por su parte, López Mesa (2009) señala que prestigiosos autores consideran que el riesgo creado no explica satisfactoriamente el deber de responder en este supuesto, agregando que el fundamento de la responsabilidad que legisla el nuevo artículo 1.117 del Código Civil debe ubicarse en el ámbito del factor garantía. A favor de esta tesis se han pronunciado, entre otros, Gianfelici (1999, p.592), Loizaga (2005, p.80), Kemelmajer de Carlucci (1998, p.1.053) y Sagarna (1999, p.97).

En una oportunidad anterior, López Mesa señaló que

La imputación de una severa responsabilidad, de la que sólo pueden liberarse probando caso fortuito ha llevado muy lejos la presunción de culpa que antes establecía la norma, pudiendo hablarse hoy con asidero de la existencia de una presunción de culpa *iuris et de jure* o, mejor aún, de una imputación legal objetiva que no admite prueba en contrario, y que sólo el caso fortuito excusa. (2001, p.160)

---

MJJ39401; o incluso por abusos sexuales en un baño: íd. 17/06/2009. "O., E. A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ ds. ps.", MJ, MJJ45167; íd. IJ, IJ-XXXIV-931.

Esta particular solución adoptada por el legislador, parece encuadrarse dentro del factor garantía.

Según expone Mathov (1996), siguiendo a Gherzi,

La tendencia mundial es considerar la responsabilidad de los establecimientos como objetiva, es decir, probado que el daño ha acaecido en el establecimiento o fuera de aquél pero durante las horas de enseñanza (es decir hay relación de causalidad entre el daño y el acto educacional) se atribuye responsabilidad al establecimiento sin necesidad de la prueba de culpa o dolo. Esto es lo que se denomina la asunción del riesgo social o empresario.

En nuestra opinión, sindicar a la actividad educativa como una “empresa de riesgo”, resulta inadecuado. No sólo desde el punto de vista de su esencia y finalidad, sino también desde lo práctico por las consecuencias sociales, económicas y psicológicas que ello podría acarrear.

Si bien en ocasiones se puedan presentar situaciones que puedan implicar riesgos, ello no torna de por sí riesgosa la actividad. Si ello fuera así, si todo hecho que pudiera representar un potencial perjuicio a la persona fuera calificable como una actividad riesgosa, la mera probabilidad de sufrir un accidente o ser víctima de un delito, tornaría riesgosa cualquier actividad y, entonces, mejor sería ni salir a la calle.

Los ejemplos traídos a colación por quienes sostienen que esta noble actividad merece la calificación de riesgosa, no son, en su mayoría, inherentes a la función educativa escolar ni consecuencia de su desarrollo, sino alteraciones del orden social y familiar que preexisten y exceden al marco de instrucción en los colegios y que, es oportuno señalar, no son la regla sino excepciones<sup>39</sup>.

En lo que sí puede encontrarse un riesgo concreto, aún pensado en abstracto, es en el uso de materiales potencial pero ciertamente peligrosos

---

<sup>39</sup> Nos referimos en concreto a los lamentables sucesos en que algún profesor ha sufrido agresiones o amenazas por parte de alumnos, o en los que se ha descubierto a educandos portando armas (blancas o de fuego), o en que los propios escolares han provocado daños intencionalmente a alguno de sus compañeros.

(vgr. sustancias tóxicas o inflamables en prácticas de laboratorio, o de herramientas corto punzantes en talleres, etc.), en los cuales sí es exigible un control que asegure la no ocurrencia de infortunios<sup>40</sup>.

O en la práctica de juegos o deportes, que son el eje de este trabajo, y sobre lo cual profundizaremos en capítulos subsiguientes con mayor detalle.

Si en el riesgo como factor de atribución tuviéramos que enrolarnos, entendemos que su vertiente más acertada es la del riesgo provecho, dando cabida también a la teoría del riesgo poder. Es decir, que debe responder quien se encuentra en mejores condiciones para impedir el suceso lesivo, pues de ordinario, el creador del peligro es quien puede gobernarlo. En definitiva, el propietario del establecimiento será quien podrá disponer los recursos materiales y humanos del mejor modo para evitar los daños o, en su defecto, cargar con las consecuencias del daño. (Arias Cáu, Chaín Molina y Nieto, 2010)

### **C) El factor de garantía**

La nueva norma ha dado un giro radical, ya que según los antecedentes parlamentarios y la opinión predominante de los comentaristas, aquella instauró un régimen de responsabilidad objetiva.

En ese orden de cosas, para Gianfelici (1999), los factores de atribución objetiva se reducen a dos. El primero es el riesgo creado. El segundo, la garantía por riesgo, la que puede ser impuesta por la ley (garantía legal); o asumida voluntariamente (garantía voluntaria).

En el primer supuesto se responde propiamente por haberse creado el riesgo, caso del art. 1113, 2º párr., 2ª pt., Cód. Civil. En los segundos, si bien no se lo ha creado, igualmente se responde con fundamento en la autonomía de la voluntad, por habérselo asumido, caso en que el deudor toma a su cargo el caso fortuito, sentido estricto --art. 513, Cód. Civil--; o bien porque la ley, por

---

<sup>40</sup> Ver sobre el punto lo expuesto por Sagarna, F. A. (1998, p. 831).

estrictas razones de política legislativa lo impone, tal el caso de la responsabilidad del hotelero en el Código Civil, arts. 2230 y sigtes., o la responsabilidad del transportista terrestre de personas en el Código de Comercio, art. 184. (p.589)

Por eso, afirma que "(...) el establecimiento es garante de todo lo que le sucede al alumno y de todo lo que hace el alumno, así, responde por hechos dolosos, culposos y accidentales, salvo que configuren un caso fortuito". (p.590)

Es éste el fundamento que mejor se condice con el régimen impuesto. Es que resulta innegable que lo que se ha buscado, es establecer un sistema en el que resulte prácticamente imposible para el propietario eximirse de responsabilidad. Ello así, no sólo por cuanto se ha previsto una única causal de exoneración, sino también en razón de que jurisprudencialmente se la ha interpretado con criterio altamente restrictivo.

Concordantemente con ese criterio, se ha dicho que se trata de una garantía creada por la ley fundada en el riesgo de empresa. No se trata que la educación sea una actividad peligrosa ni riesgosa, sino que la ley impone, a quien presta el servicio de un modo organizado (sea un ente público o privado), el deber de prestarlo sin producir daños<sup>41</sup>.

En el sistema de responsabilidad objetivo, la culpa no debería tener relevancia, pues el deber de responder no nace por hechos ilícitos u omisiones de cuidado que pueda o no haber realizado el legitimado pasivo, sino por una imposición legal que lo obliga a reparar el daño sufrido o causado por las personas que participan de determinada actividad.

Es por ello que, en el supuesto del artículo 1.117 del Código Civil, resulta más acertado asumir su fundamento en la existencia de un deber de garantía, y no en obligaciones de seguridad que llevan, necesariamente (les guste y

---

<sup>41</sup> En ese sentido se han expedido, además de Gianfelici, autores de reconocido prestigio como Kemelmajer de Carlucci.

quieran o no, legisladores, doctrinarios y jueces), a determinar –expresa o tácitamente- si la obligación de seguridad es de medios o de resultado.

En particular, y respecto de los daños causados por los alumnos a terceros ajenos, Reyna (2005) advierte que

Es muy importante determinar cuál es el factor de atribución, ya que si estamos dentro del ámbito del factor garantía, nos encontramos con la responsabilidad por el hecho de un tercero y, por lo tanto, se deben cumplir los requisitos de dependencia, atribución del daño al dependiente y relación con la función. En estos casos consideramos que el extremo de mayor importancia es determinar si el daño causado por el alumno le es atribuible por culpa, dolo o riesgo. Por el contrario, si el factor atributivo es el riesgo, estaríamos frente a una responsabilidad directa, no refleja, y en consecuencia sería ajeno el problema de la atribución del daño al alumno. El deber de resarcir surge de haber introducido una actividad riesgosa dentro de la sociedad. (pp.79-80)

Es claro que, en su opinión, la responsabilidad debe ubicarse en el ámbito del factor de garantía.

Como ya anticipamos, en el sistema legal vigente, el propietario del establecimiento cuenta con una suerte de condena futura casi asegurada. Ello es, a no dudarlo, lo que se ha procurado lograr mediante la reforma introducida por la ley nº 24.830. Al menos, esa era la intención proclamada en el proyecto de ley mayormente receptado, aunque, como hemos dejado traslucir hasta aquí -y analizaremos en puntos siguientes-, la vigencia de una estructura (legal y mental) de tinte subjetivo, sumado a las deficiencias de técnica legislativa, han impedido que la solución buscada se impusiera en forma absoluta.

Es interesante traer también a colación, las razones por las cuales se impuso esa responsabilidad agravada sobre los propietarios de los establecimientos educativos. En ese sentido, uno de los motivos para imponer una carga tan rigurosa, fue la denominada socialización del daño, mediante la cual se busca diluir los costos de un sistema que permita reparar todos los daños sufridos. La forma de intentar lograr que ello suceda, es a través del seguro obligatorio, pues, de otro modo, la empresa sería impracticable,

antieconómica o excesivamente onerosa. Al análisis de esos aspectos nos avocaremos en los apartados siguientes.

#### **D) Distribución social del daño**

Uno de los principales fundamentos que sustentan el derecho de daños, es la socialización del costo de la reparación. Es la lógica derivación de la pretensión de que todo daño injustamente sufrido sea indemnizado, tal como afirman las posturas doctrinarias y jurisprudenciales mayoritarias en la materia.

No compartimos la idea de que el daño sufrido en ocasión de una práctica lícita, desarrollada en beneficio del afectado y sin que aquél sea producto de la actividad u omisión culposa o dolosa de los intervinientes, pueda ser considerado injusto. Desafortunado, indeseado, lamentable: seguramente sí; pero injusto –en sentido jurídico-, creemos que no.

No obstante, cabe señalar que prestigiosos autores como Zannoni o Bustamante Alsina, para conservar la idea de antijuridicidad, dicen que de todos modos esa actividad que es en principio lícita se convierte en antijurídica cuando se produce un daño (Rivera, 1977, p.14).

Para quienes sostienen la conveniencia de la distribución social del daño, predicar el riesgo empresario de los establecimientos educativos privados resulta coherente con la finalidad de lucro empresarial; en este caso el costo del seguro obligatorio probablemente se reflejará en la cuota mensual. Más complejo resulta cuando el establecimiento es de gestión pública, privado con “subvención” estatal, o parroquial. En el fondo, lo que aparece es la idea de socializar el riesgo que crean los alumnos (para sí mismo o para otros), pues si el Estado debe contratar un seguro obligatorio lo hará con más impuestos o redistribuyendo los que existen.

Según los partidarios de esta teoría, la solución adoptada por el artículo 1.117 hoy vigente, resulta acorde a los requerimientos y tendencias que imperan en materia de responsabilidad civil: reparar los daños injustamente

sufridos. El eje de la responsabilidad no está en la noción de antijuridicidad sino en la de daño injusto. La actividad educativa es una actividad lícita, pero si se causa un daño, éste debe ser reparado, pues resulta injusto que sea la víctima quien soporte el daño y no el que ha sido creador del riesgo.

En ese orden de cosas, la aplicación de doctrinas como la del riesgo creado o de empresa o la del deber de seguridad, que derivan en un régimen de responsabilidad objetiva o, incluso, la más benigna de presunción de culpa, cuentan -desde luego- con innumerables ventajas sociales. En mayor o menor medida, protegen a las víctimas de hechos dañosos, facilitando notablemente sus reclamos y dando prioridad a los propósitos indemnizatorios.

El medio por el cual se pretende hacer efectiva esta socialización, es el seguro obligatorio. Por su intermedio, se busca que todos los daños sufridos puedan ser integralmente reparados. Quienes sostienen esta postura afirman que ello es lo más justo y equitativo, olvidando tal vez que ello no es la solución a todos los problemas, pues resta analizar el modo en que ello debe instrumentarse, su alcance y la determinación de responsabilidades de acuerdo a las circunstancias de cada caso<sup>42</sup>.

Sobre este aspecto, nos permitiremos extendernos en la transcripción de las enseñanzas de Diez Picaso (1992), en virtud de su precisión y claridad, las que podríamos desvirtuar al intentar parafrasearlos. Decía el maestro español, que

Para entender la crisis hay que volver al punto de partida: la tensión entre la aspiración a una moralización de las conductas por la vía de una rigurosa y exigente responsabilidad y la del deber de reparar todos los daños posibles.

La moralización de las conductas individuales parece una línea política sana hasta un cierto punto: procurar que el individuo sea cuidadoso y que extreme su diligencia, porque si no el peso de la organización social caerá sobre él. Pero la acentuación de ese

---

<sup>42</sup> Y ello sin analizar, por ahora, la imposibilidad de accionar directamente contra el seguro, los tiempos judiciales y las deficiencias y crisis que han llevado a la quiebra de numerosas compañías aseguradoras, tornando ilusorio el cumplimiento de sentencias condenatorias.

rigor puede conducir a situaciones paralizantes, nadie se embarcará en actividades mínimamente azarosas si el riesgo que ha de recaer sobre sus espaldas absorbe o desplaza el beneficio previsible. El principio social es hoy el otro: reparar todos aquellos perjuicios en que no se vea razón clara para que la víctima los soporte por sí sola.

Ciertamente que este último principio cuenta con innegables ventajas sociales, siempre y cuando se traduzca en la práctica en la creación de un sistema que evite el riesgo posible de insolvencia ante tantas pretensiones de indemnización a que da origen la necesidad de reparación a ultranza de todo daño sufrido.

El sistema actual es el del seguro de responsabilidad civil, en el cual el asegurador asume el riesgo que para el patrimonio del asegurado supondría la obligación de indemnizar todo el daño que cause, y su significado más profundo es el de una colectivización de los riesgos: la colectividad de los participantes de una actividad que puede entrañar riesgo, contribuyen con las primas del seguro que han de concertar a sufragar los daños que alguno de ellos ocasione. (pp.595-6)

O tal como sostiene Giménez (2004),

En definitiva el sistema no es más que la concreción de una distribución del riesgo como modo de repartir sus consecuencias dañosas entre todos los asegurados, los que también trasladarán, seguramente, el costo de tal cobertura a sus alumnos, al menos en la educación privada, con lo que de última se concluye atomizando la reparación debida frente al daño injustamente sufrido. (p.472)

Por nuestra parte, debemos añadir que, en el caso del Estado, es muy probable que también se traslade el costo, lo que seguramente se concrete a través de la suba de impuestos existentes o de la creación de uno nuevo a tal fin, o lo que es más nocivo aún, destinando a tal efecto partidas que podrían aplicar a otros aspectos de la educación (vgr. contratación de personal docente y no docente, inversión en infraestructura, materiales, informatización, entre otros).

Por eso, consideramos que sería preferible, si la socialización del daño es el verdadero objetivo, adoptar sistemas como el chileno o el neocelandés<sup>43</sup> y no, como con crudeza señaló Zavala de González (1999), establecer "...un

---

<sup>43</sup> Que ya analizamos en Capítulo IV de esta obra.

*sistema de seguridad social disfrazado de responsabilidad...*” (la cursiva es del original). (p. 97)

Pero como ello aun no ha sucedido, analizaremos a continuación, las particularidades del sistema de seguro obligatorio incorporado al artículo 1.117 del Código Civil.

#### **4) El seguro obligatorio**

Tiempo antes de la reforma, algunas voces jurisprudenciales comenzaban a proclamar la necesidad de modificar el régimen de responsabilidad respecto de la actividad educativa. Es que, atendiendo a las condiciones en que se presta la enseñanza en estos tiempos -tan disímiles a aquellas imperantes al dictarse el Código Civil-, la presunción de que de las personas a cargo pueden desarrollarla en absoluto control de los actos de los alumnos, no resultaba ajustada a la realidad. Por otra parte, también se consideró la necesidad de encontrar personas siempre solventes que pudieran hacer frente a las indemnizaciones por los daños sufridos.

En ese sentido se pronunciaba Vázquez, al emitir su voto en un conocido precedente en el cual un peatón fue golpeado por una mochila arrojada por un alumno desde una ventana del establecimiento educativo. El magistrado, señaló allí su íntima convicción en sentido que la docente a cargo del curso debería ser exonerada. No obstante, expuso a continuación que

Esto debe ser interpretado de *lege ferenda*, frente a la necesidad de una reforma que sería de desear ante la actual situación pero de *lege lata*, debería ser recomendable que para situaciones como la presente se exigiera a establecimientos educativos, la cobertura mediante seguros que pusieran a cubierto a los educadores sobre los daños que los alumnos ocasionan a terceros<sup>44</sup>.

Es oportuno recordar también, lo que señalaba Kemelmajer de Carlucci, cuando advertía que “(...) al parecer, por lo que muestran las sentencias

---

<sup>44</sup> CNCiv.Com.Fed. Sala III, “Duarte de Martínez, Rosa Z. c/ Frías Salinas, Eduardo D. y otros s/ ds. ps.” del 13/05/1992, LL 1992-E-364.

judiciales, muchos institutos de enseñanza contrataban seguros voluntarios a la época de la sanción de la ley 24.830". (1998, p.1.068). En igual sentido, Arias Cáu nos hace saber que "(...) la modalidad ya era utilizada con anterioridad, existiendo un mercado asegurático adecuado a la demanda". (2011)

Por eso, algunos de los proyectos recogieron la necesidad de contar con un seguro obligatorio, aunque con algunas variantes. Mathov, lo propuso en forma indiscriminada para establecimientos de gestión pública y privada; mientras que González lo hizo sólo para estos últimos.

La norma reformada, finalmente estableció en su párrafo segundo, que los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil. Asimismo que, a tal efecto, las autoridades jurisdiccionales deben disponer las medidas para el cumplimiento de esa obligación.

Con el propósito de asegurar a la víctima el cobro de la indemnización, a la par que se intenta evitar que el establecimiento educacional (en particular en el caso de pequeñas instituciones privadas) se vea ante la imposibilidad de efectivizarla –o que quiebre en el intento-; la ley dispone la obligatoriedad de que los establecimientos educativos privados y estatales, contraten un seguro de responsabilidad civil contractual y extracontractual por todos los daños que puedan producirse.

Como es sabido, el sistema de seguros tiende a la dispersión del riesgo o a su fraccionamiento. Así, todos los que desarrollan una misma actividad (instituciones educacionales, transportistas, etc.) están asegurados; y como todos lo están, se crea una comunidad de asegurados de modo que todos paguen una prima y que esa prima pueda servir para generar ese fondo -que va a tener y administrar la compañía aseguradora-, con el cual va a pagar la indemnización a aquel de la comunidad de asegurados que en definitiva sufre el siniestro.

Por eso, Giménez (2004) afirmaba que, en definitiva, el sistema no es más que la concreción de una distribución del riesgo como modo de repartir sus consecuencias dañosas entre todos los asegurados, los que también trasladarán, seguramente, el costo de tal cobertura a sus alumnos, al menos en la educación privada, con lo que de última se concluye atomizando la reparación debida frente al daño injustamente sufrido.

Los establecimientos educativos tendrán así la seguridad de quedar a cubierto ante las indemnizaciones que pudieran tener que afrontar para el hipotético caso en que ocurriese algún hecho dañoso que hiciera nacer su obligación de reparar. O por lo menos ello es así como principio general pues, en las circunstancias actuales, el mercado asegurador se encuentra seriamente afectado y en proceso de reestructuración luego de sucesivas quiebras de numerosas compañías de seguro.

Como refiere Plovovich de Hermida (1997-1998), “al decir de Lambert-Faivre (1987) “...la eficacia concreta impone la referencia obligada a los mecanismos de seguro de responsabilidad sin los cuales toda nuestra bella construcción de responsabilidad civil fracasaría en la nada de una insolvencia generalizada de responsables (...)”.

No obstante, lejos de solucionar las polémicas, la deficiente redacción de la norma generó nuevas discusiones.

Sambrizzi (1998) advertía, por ejemplo, que la norma no determina pena alguna para el supuesto de incumplimiento de la obligación de contratar el seguro, aunque ella establece que las autoridades jurisdiccionales deben disponer las medidas para su cumplimiento, las cuales, como es natural, pueden contener penalidades para el caso de que no se cumpla. Claro que éstas no son las únicas disposiciones a ser establecidas, pues corresponde también, la determinación de las características del seguro a contratar. Es que, si bien el mismo debe cubrir la responsabilidad civil por los daños que pudieran acaecer tanto a los menores como a terceros o a cosas, no se establece, por ejemplo y entre otras cuestiones, la duración del seguro ni su monto que, a su

juicio, debería tener una relación con la cantidad de alumnos del establecimiento.

Asimismo, que la nueva regulación establece que las que dispondrán las medidas para la contratación del seguro, serán las autoridades jurisdiccionales, lo cual significa para él, que deben ser las distintas provincias las que dicten las normativas a tal efecto, las que deberán ser aplicadas a los establecimientos educativos existentes en las respectivas jurisdicciones provinciales.

Para Plovanich de Hermida (1997-1998), por ejemplo, pese a lo correcto de la decisión, es criticable que el texto diga: “las autoridades jurisdiccionales dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación”. Para la citada autora, se ha introducido una norma que debe ser reglamentada por las provincias, con el riesgo que esto implica de que no se torne operativa. En la práctica, más que un riesgo, es una incontrastable realidad.

Por nuestra parte, coincidimos con Andrada (2007) en que esta cuestión no es materia de legislación complementaria. Pensamos que la materia está reglada en sede apropiada y, si algún día se modifica el sistema de garantías, habrá que reformar el Código Civil sin que ello deba preocuparnos. “(...) Sí creemos, como lo sostiene el profesor Alterini, que debieran imponerse sanciones para el caso de que no haya sido contratado el seguro (...)”. (pp.152-3)

Desde luego, todos estos controles deben realizarse antes de iniciar cada ciclo lectivo pues, de lo contrario, podría suceder que una vez ocurrido el accidente se advierta la falta de seguro recién al intentar obtener el cobro de la indemnización frente a la compañía. Por otra parte, un control periódico de la vigencia del contrato, permitiría evitar futuros planteos de falta de cobertura derivados, por ejemplo, de la falta de pago de la prima.

En cuanto a la obligación que recae sobre el Estado, durante el debate parlamentario de la reforma se discutió si era necesario o conveniente que aquel estuviese obligado a contratar un seguro. Quienes lo consideraron

innecesario sostuvieron que el Estado es solvente y que tiene bienes para afrontar el escaso número de sentencias condenatorias y que, por el contrario, el costo del seguro tendría una incidencia importante en el gasto público<sup>45</sup>. En cambio la mayoría, en particular el diputado Mathov (1996), adujeron que el impacto del gasto era muy reducido, y fundamentalmente garantizaba a la víctima la inmediatez y celeridad en el cobro de la indemnización.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci (1998) señaló que la solución legal responde a la realidad argentina, pues las víctimas nunca están suficientemente aseguradas contra la legislación de emergencia estatal (decretos de necesidad y urgencia, leyes de consolidación de deudas, etc.). De todos modos, reconoce que tampoco es totalmente cierto que el seguro resuelva el problema en forma inmediata; pues la indemnización llegará razonablemente rápido siempre que no se decrete la liquidación de la aseguradora, riesgo frecuente en tiempos que corren. (p.1.069)

Añadiremos a lo expuesto por la destacada profesora mendocina, que el sistema asegurativo no sólo se muestra ineficaz cuando la compañía entra en liquidación. Cabe destacar también que, a menos que exista un ofrecimiento de pago voluntario de parte de la aseguradora y que, además, éste sea aceptado por el damnificado, es muy probable que el peregrinar judicial a fin de que se reconozca la indemnización diste de resolver el problema y, mucho menos, en forma inmediata<sup>46</sup>. Sobre este aspecto nos explayaremos con mayor detalle en los capítulos dedicados a nuestra postura y nuestra propuesta.

Pero, más allá de las posturas señaladas, lo cierto es que, como se desprende de su simple lectura, el texto finalmente aprobado no distingue entre establecimientos públicos o privados, con lo cual el Estado también está obligado a contratar un seguro de responsabilidad civil.

---

<sup>45</sup> Informe del Dr. Atilio Alterini a la Comisión Parlamentaria al debatirse la cuestión. También consta allí la observación hecha llegar por el Dr. Guillermo Borda, y la opinión del Sr. Sanguinetti, especialmente invitado a la Comisión, Cámara de Diputados de la Nación, *Antecedentes Parlamentarios*, LL (online).

<sup>46</sup> Casi veinte años trabajando en el Fuero Civil de la Capital Federal, y el estudio de los precedentes dictados en otras instancias y jurisdicciones, nos convencen de la validez de nuestra afirmación.

Se observa así una creciente regulación en sentido de intentar que todo daño pueda ser resarcido mediante la existencia de un seguro.

No obstante, y mal que les pueda pesar a quienes aspiran a contar con un sistema de reparación total y absoluta (también denominada integral) de cualquier perjuicio que alguien pueda llegar a sufrir, no es posible garantizar de modo sustentable, con el sistema que contamos en las condiciones actuales, semejante utopía.

Es que, como recuerda Diez Picaso (1992), el seguro no suprime la responsabilidad, no se puede prescindir de ella para articularlo. El asegurador responde porque el asegurado es un responsable civil. Además, con el seguro de responsabilidad civil únicamente quedan cubiertos los daños que se enlazan con la actividad creadora de riesgo cubierta por la póliza. Dicho de otra manera, es una vía de cobertura parcial que, para ser adecuadamente protectora, exigiría una multiplicación de los seguros obligatorios que cubriesen las múltiples actividades posibles, lo que no es factible. (pp.595-6)

El prestigioso jurista español, trae a colación a Carbonnier, quien se preguntaba si no llegará el día en que la sociedad reparará todos los daños. De ser así, no sería el seguro quien pagase, sino el impuesto, y la responsabilidad civil acabaría disolviéndose a fuerza de hipertrofiarse. El Derecho dejaría entonces de esforzarse por vincular a un acto humano el deber de indemnizar y pondría el acento en el mecanismo reparador. Sin embargo, de algún modo siempre habrá que decidir si, pagada la indemnización por la entidad pública, debe existir o no la vía de regreso contra el responsable<sup>47</sup>.

En cualquier caso, y vale aquí reflejar sus exactas palabras aunque la transcripción sea extensa, agrega que

Es claro que, en un tratamiento actual de la responsabilidad, no pueden dejarse en la penumbra las transformaciones que en el régimen jurídico de la misma han introducido el sistema de los

---

<sup>47</sup> En este panorama futurístico, nos cuesta imaginar que todas las causas por responsabilidad civil consistan en acciones de regreso de parte del Estado u organismo asegurador.

seguros de cualquier naturaleza y clase. A primera vista parece que no modifica el mecanismo de la responsabilidad civil, pero como ha señalado también Viney, en función de la extensión que han experimentado los seguros, se ha ido realizando de manera progresiva una deformación de las condiciones tradicionales de la responsabilidad civil. Quizá no fuera aventurado establecer que la sucesiva desaparición de los requisitos de antijuridicidad del hecho u omisión o de la culpa se producen sobre todo en aquellos casos en que la responsabilidad está cubierta por un seguro o en aquellos otros en que, aunque no exista el seguro, debería éste haber existido en virtud de una obligación *ex lege* o, incluso, si se quiere, de un deber de normal previsión. Si existe el seguro, en puridad la figura del responsable tiende a diluirse. Y tiende a diluirse porque ya no es al agente al que se conceptúa como deudor de la reparación, sino al asegurador por la vía del seguro. De esta manera han aparecido todos los problemas de las subrogaciones de los aseguradores en la posición de los asegurados contra el responsable, y ha ocurrido también que una gran parte de los conflictos nacidos de la responsabilidad civil se ventila entre los aseguradores. Y que al lado del Derecho legal y del Derecho jurisprudencial hay que hablar y que estudiar un Derecho nacido en la práctica de los arreglos extrajudiciales.

Toda la profunda transformación del sistema tradicional se va traduciendo en realidades legislativas que tienden a la inmediata indemnización de la víctima por medio del seguro (cuya suscripción se declara obligatoria en determinadas actividades) en caso de muerte o lesiones corporales, abriéndose camino también la indemnización de daños meramente patrimoniales, pero hasta un límite tasado en todo caso. Más allá de ese límite, el sistema legal deja actuar a lo que pudiéramos llamar los principios tradicionales, y ocurre que de nuevo vuelve a aparecer en posición central el contrato de seguro para atender la necesidad de reparación, y la jurisprudencia, influida por aquella legislación y por la extraordinaria difusión de los seguros voluntarios, aplica de hecho sus criterios con diversos expedientes técnicos a supuestos distintos de los previstos en ella, como no podía ser menos en unas relaciones sociales dominadas por el principio de la reparación del daño sin preocuparse debidamente de sus causas. (pp.595-6)

De acuerdo a lo bien descrito por el maestro español, es claro que los sistemas legales no pueden sustentarse en una construcción de buenas intenciones desprendidas de la realidad.

En cuanto al tipo de seguro que debe contratarse, como el artículo 1.117 no hace distinción alguna, éste deberá contemplar como riesgo tanto el daño

causado como el sufrido por los alumnos del establecimiento educativo, pues son ellos por los que debe responder el centro de estudios de conformidad con la nueva redacción de la norma.

Como expone Reyna (2005),

Este aseguramiento, en teoría, lograría cargar las consecuencias económicas del resarcimiento sobre el asegurador, quien se encontraría *a priori* en mejores condiciones de solventarlas, por poseer una estructura profesional de análisis y previsión de siniestros, que le lleva a optimizar la ecuación financiera y a reasegurarse, cuando ello resulte conveniente.

Además, el aseguramiento compulsivo -también en teoría-, permite hacer a un lado el riesgo de insolvencia del obligado a resarcir; por último, el tercer beneficio que se ha tenido en cuenta al establecer la exigencia de seguro obligatorio, es evitar el impacto que la condena a indemnizar traería sobre la actividad educativa, que podría llevarla a su cesación, si el pago de la indemnización obligara a la ejecución de las instalaciones y efectos del establecimiento. (p.34)

Sobre este punto, reiteramos las observaciones hechas en párrafos anteriores, y coincidimos con López Mesa en que, si bien no dudamos de los nobles motivos que llevaron a consagrar esta exigencia, la contemplación de la realidad argentina, especialmente en materia de seguros, demuestra que en los últimos años, frecuentemente el seguro obligatorio no ha dado los resultados buscados al imponerlo. “(...) Ello ocurre así, por varias razones, entre las que descuella que el Estado se ha mostrado ineficaz o impotente para controlar el cumplimiento de esta exigencia, lo que a la larga termina haciendo voluntaria esa obligatoriedad inicial (...)”. (2005, p.276)

El sistema de seguros es una herramienta útil e importante en muchos casos. Pero no es la solución a todos los problemas. Por ello, su implementación según las circunstancias es una cuestión que debe ser debidamente analizada y sopesada a la luz de las consecuencias que de ello derivan.

En nuestro país en particular, las discusiones sobre sus defectos y virtudes están lejos de ser zanjadas. Baste como muestra las controversias

respecto de las cláusulas *claims made*, de las declinatorias de seguro por las exclusiones previstas en el contrato o de la más reciente confrontación entre la doctrina plenaria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno a la inoponibilidad de la franquicia frente al asegurado. Y ello dejando al margen, por ahora, el hecho de que si lo que se pretende es que el seguro responda siempre por cualquier daño sin importar la existencia o no de culpa del asegurado, resulta incongruente que no exista acción directa contra la compañía.

Al análisis de este y otros aspectos ingresaremos en los próximos capítulos.

## CAPÍTULO IV

### FUENTE DEL VÍNCULO EDUCATIVO

#### **1) Naturaleza jurídica del contrato**

Como es bien sabido, la enseñanza -que comprende tanto su prestación como su recepción- reviste el doble carácter de derecho y de deber, con una evidente recepción constitucional y convencional.

En esta oportunidad, nos proponemos abordar la relación desde el estudio de un aspecto determinado de la obligación que asume el centro educativo y de su contracara reflejada en el derecho del educando. Nos referimos a la educación deportiva, obligatoria para el colegio en su prestación, y para el estudiante en su cursación. Pero resulta de gran importancia determinar primero la naturaleza jurídica del vínculo que une a las partes.

Como bien puede presumirse, es en este sentido donde la cuestión ha presentado algunas controversias, pues no es quien contrata con el establecimiento educativo quien recibirá los beneficios de la prestación.

Por eso se ha debatido desde antaño, si el complejo relacional educativo padres-centro docente, configuraba un verdadero contrato. En particular, cuando se trata de centros educativos de carácter público, ejido en el cual los administrativistas suelen preferir la regulación correspondiente al servicio público.

También, están quienes han pregonado que los padres contratan con el titular del centro, en virtud de una representación ejercida en nombre de sus hijos. A ellos les responderemos con las reflexiones dedicadas por Martínez y Castillo (2002), quienes sostienen que

(...) la idea de que los padres contratan la educación de sus hijos ejerciendo su representación legal supone una quiebra en la articulación recíproca de los derechos educativos: como ya señalamos, si cuando unos padres, al contratar una modalidad de servicios educativos -determinando así la educación de su hijo-, no le representan en esa elección, sino que hacen su

elección personal, ejerciendo su derecho a determinar su educación -y satisfaciendo al mismo tiempo su derecho a ser educado, con ciertos límites, conforme a su elección-, sería incongruente entender que sí le representan en la dimensión patrimonial de dicha contratación, precisamente donde es más patente que son ellos quienes contratan los servicios para cumplir su obligación de proporcionarle una formación integral. Por otro lado, como también señalamos, el derecho de cada educando a recibir gratuitamente la enseñanza básica se traduce, mientras sean los padres quienes contraten dicha educación, en un derecho de éstos a no tener que hacer ningún desembolso económico a cambio de los servicios educativos que se presten a sus hijos, por lo que tampoco cabe hablar de representación en la esfera patrimonial de los hijos por los padres al contratar gratuitamente servicios educativos.

En coincidencia con lo dicho por los juristas citados, dejaremos sentada nuestra adhesión a la corriente doctrinaria que lo encuadra dentro de un contrato que contiene una estipulación a favor de un tercero. En él los progenitores, en ejercicio de su derecho-deber de ejercer la patria potestad (o su más moderna denominación: responsabilidad parental), contratan por sí con el establecimiento educativo a fin que éste le brinde a sus hijos la instrucción a la que se compromete por ley y/o por convenio. En igual sentido, respecto de los servicios educativos privados se pronuncia Hernández (2005, p.303).

Sin perjuicio de reconocer la importancia del tema, por no ser el eje específico de nuestro análisis, no distraeremos más líneas en este aspecto.

## **2) Algunas consideraciones sobre la reforma**

Determinada la naturaleza contractual del vínculo educativo, y como fácilmente se advierte de lo analizado en el Capítulo anterior, no todas fueron loas para la reforma. En efecto, tal como agudamente señala López Mesa,

Pese al entusiasmo inicial de algunos panegiristas, lo cierto es que el texto legal no fue certero, algunas de las decisiones que en él se plasmaron no fueron atinadas y el mismo dejó lugar a todo tipo de indefiniciones y vacíos, que la jurisprudencia y la doctrina intentaron llenar, con suerte diversa, pero a un costo altísimo: el de la inseguridad jurídica. (2009 (2))

En ese marco de críticas, la que se presentó con mayor vigor, fue la que si bien pocas dudas caben respecto de la tendencia mayoritaria actual de

tornar objetiva la responsabilidad, tampoco puede desconocerse que nuestro Código Civil es de neto corte subjetivista. Ello, claro está, sin perjuicio de algunas normas que ya preveían responsabilidades agravadas u objetivas en determinados casos específicos.

La fuerza de la culpa en la responsabilidad civil es innegable. No pudo imponerse en España en la última reforma y, no obstante su inserción legal en nuestro ámbito de análisis, tampoco los jueces –aún quienes generalmente proclaman condenar en virtud de la responsabilidad objetiva- dejan de valorar si en el caso existió o no una conducta digna de reproche.

La dualidad de regímenes, consecuencia de un sistema basado en la culpa que ha venido sufriendo notorias modificaciones en busca de una mayor protección de las posibles víctimas de daños, es hoy una realidad innegable.

Como era de esperarse, los cambios parciales que incorporaron normas ajenas al sistema de un régimen legal integral, fueron creando serios problemas de interpretación y aplicación de las normas.

A continuación analizaremos el híbrido legislativo que importa el artículo 1.117 del Código Civil, en tanto legisla en una misma norma aspectos contractuales y extracontractuales de la relación entre los establecimientos educativos con sus alumnos y/o terceros.

### **3) Obligación de fuente contractual**

Es importante dejar previamente sentado, que la nueva redacción de ley comprende tanto a los establecimientos educativos de gestión pública como a los de gestión privada. De ese modo, quedó fuera del debate la postura doctrinaria que distinguía sobre la naturaleza de la relación según se tratara de una institución de uno u otro carácter que algunos sostenían.

De tal modo, la posición minoritaria que sustentaba el carácter extracontractual de la relación en los supuestos de establecimientos públicos,

defendida por Salinas (1969) Sagarna (1994) y la SCJBA<sup>48</sup>, carece hoy de todo sustento normativo.

Es que la disposición actual no hace distinciones y da por sentado un vínculo jurídico preexistente que hace nacer una responsabilidad de tinte contractual, ya sean instituciones educativas de gestiones privadas o estatales, gratuitas u onerosas. Así, aunque la educación se imparta en forma gratuita, el vínculo jurídico existe (en tal caso se tratará de un contrato gratuito), que igualmente sienta prestaciones obligatorias para ambas partes.

Ello, desde luego, en los supuestos de los daños sufridos por los menores, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de seguridad a su cargo.

La doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado en forma reiterada considerando la existencia de un contrato, no obstante la gratuidad del mismo<sup>49</sup>.

Aunque la postura que sostiene que la relación entre el Estado prestador del servicio educativo y los alumnos (o sus padres) es de índole contractual es mayoritaria (e incluso quienes sostenían lo contrario han resignado su posición frente a los claros términos de la reforma), algunas voces aun sostienen lo contrario. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe sostuvo que

(...) esta consagración de una responsabilidad objetiva no modifica el ámbito extracontractual de reparación al tratarse donde se produjo el daño de un establecimiento de enseñanza gratuito, cuyo titular es el Estado provincial. Ello así, (...) el régimen de responsabilidad civil de los entes públicos locales en la reparación de los daños que pudieran causar en la prestación de un servicio público (en autos, de educación) es de naturaleza extracontractual conforme a la hermenéutica que cabe efectuar de las normas constitucionales (art. 18 de la Const. Prov.) e infraconstitucionales en juego y de la jurisprudencia del Alto Cuerpo nacional (Fallos: 307:821 y 317:1921); pues si contrae la obligación de

---

<sup>48</sup> SCJBA, 26/09/2007. "M. B. S. c/ Provincia de Buenos Aires s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ17674.

<sup>49</sup> Entre muchos otros, Gregorini Clusellas (1989), Novellino (1998), Andrada (2007), Sambrizzi (1998) y (2005).

prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir con el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que provocare su incumplimiento o su irregular ejecución, lo cual encuentra fundamento en el artículo 1.112 del Código Civil (...) <sup>50</sup>.

Quienes insisten en mantener al Estado ajeno a la órbita contractual en estos casos, y encuadrar su responsabilidad en la falta de servicio (art. 1.112 del Código Civil) soslayan, no sólo el incuestionable vínculo que existe entre quien presta el servicio y quien se beneficia con él, como así también que no es la onerosidad ni la instrumentalizad lo que define a un contrato, sino su esencia; sino también la clara letra de la ley <sup>51</sup>. Como ya hemos expresado en puntos anteriores, posturas como las reseñadas en el fallo citado precedentemente son, francamente, minoritarias.

En función de lo expuesto, podemos concluir que la responsabilidad por todo daño que pueda sufrir un menor durante la actividad escolar, se debatirá - en principio- dentro de la órbita contractual, a menos que -y aunque ello sea muy difícil de encontrar en nuestro ámbito de análisis- se configure la opción aquiliana del artículo 1.107 del Código Civil.

#### **4) Responsabilidad extracontractual**

La responsabilidad del propietario del establecimiento educativo sí será extracontractual por los daños causados por sus alumnos menores a terceros (Andrada, 2007, p.159). Es que, al no existir vínculo obligatorio previo al hecho ilícito entre dañador y dañado, ni encontrarse identificado el objeto de la obligación, nos hallamos en lo que tradicionalmente ha sido el campo de la responsabilidad extracontractual (Reyna, 2005, p.23).

---

<sup>50</sup> CSJ de Santa Fe, 03/05/2011, "Franco, Fabio Ramón c/ Ministerio de Educación y Cultura de la Provincia de Santa Fe y otro s/ ds. ps.", RC, RC J 7561/11.

<sup>51</sup> En forma más próxima han ratificado lo que venimos exponiendo, los trabajos de Rodríguez Ocampo, (2013) y Moeremans (2013). Con este último compartimos que, en rigor de verdad, nada de gratuito tiene la educación de gestión pública pues una parte de los impuestos (bastante escasa por cierto, agregamos) se destina a solventar ese esencial servicio.

En ese ámbito, podemos encontrar los daños que el alumno le provoque a congéneres de otros establecimientos en el marco de actividades intrercolegiales, los que le provoquen a terceras personas (sea que el daño se origine desde el establecimiento –vgr. por arrojar algún objeto contundente- o fuera, cuando debió encontrarse supervisado por autoridades educativas), o los que le provoque a terceros dependientes del titular del centro.

Pero también puede resultar que se optara por ventilar la cuestión dentro de la órbita aquiliana en el supuesto en que un alumno cause un daño a otro. En este caso, anota Reyna, que

(...) el damnificado podrá optar entre dos tipos de acciones, una de ellas de carácter contractual, por haberse violado el deber de seguridad y otra extracontractual por ser el propietario del establecimiento responsable por los daños producidos por sus alumnos (...) Por esa razón, la víctima podrá optar por la acción aquiliana o la contractual, según mejor se adecue a sus intereses (...). (2005, pp.69-70)

Para nosotros, no cabe duda de que la elección de una de las vías posibles, excluye la posibilidad de ejercitar la restante. Asimismo, en caso de que de la postulación de la demanda no se pueda vislumbrar cuál ha sido la elegida, y siempre que existan fundamentos que justifiquen adoptar una u otra, deberá el juez encausar la acción en la que resulte más beneficiosa para el reclamante (vgr. teniendo en cuenta la prescripción) o, en su defecto, fijar un plazo para que se aclare. Lo que, entendemos, no podría (debería) suceder es que el magistrado invoque el “iura novit curia” para reencausar una demanda mal planteada.

## **5) Los problemas de la dualidad**

Los juristas españoles Diez-Picazo y Gullón, señalan que

(...) cuando entre dos personas media una relación jurídica contractual, producido un daño por una parte a la otra interviniendo culpa o negligencia, puede suceder que ese mismo resultado dañoso sea susceptible de considerarse como una infracción contractual, que generaría responsabilidad de este tipo, o como un supuesto de responsabilidad extracontractual, en tanto hubiera producido la obligación de reparar como consecuencia del

incumplimiento del *neminem laedere*. (...) El problema se plantea por la diversidad de regímenes jurídicos de aquellas responsabilidades, aunque haya una tendencia a la unificación en lo posible, generada porque tienen una finalidad común: la resarcitoria de unos daños. Pero hay aspectos que los separan. Por citar dos de los más importantes, señalemos el diferente plazo de prescripción de las acciones (quince años en la responsabilidad contractual, art. 1964; un año en la extracontractual, art. 1968), o el mayor rigorismo en la apreciación de la culpa en la extracontractual, incluso presumiéndose en el demandado. (1992, pp.596-597)

En nuestro sistema vigente, coinciden en la misma norma dos fuentes obligacionales de distinta índole. Ella será extracontractual por los daños causados por los alumnos menores a terceros. En el caso de los daños sufridos por los estudiantes menores o causados por éstos a sus pares, será contractual, en razón del incumplimiento de la obligación de seguridad<sup>52</sup>.

Así, puede observarse que dentro de una misma previsión legal quedan comprendidos dos regímenes diferentes de responsabilidad. Cada uno de ellos con particularidades propias, lo que dificulta en muchos casos la toma de decisiones sobre aspectos tan básicos como esenciales, tal como puede ser lo relativo a la prescripción.

Esto ha llevado a que las opiniones sobre la aplicación de ese instituto se hayan dividido, según clasifica Pizarro, en dos corrientes mayoritarias. La primera, entiende que corresponden los dos años del régimen extracontractual (por la ubicación de la norma dentro del Código, la asumida unificación de regímenes y su practicidad por cuestiones de seguro). La segunda, sostiene que no puede razonablemente entenderse que pueda dejarse sin efecto las disposiciones legales vinculadas a la prescripción de diez años correspondiente a relaciones contractuales. (2006, p.431)

---

<sup>52</sup> CNCiv. Sala "K", 08/02/2011, "M. C. A. y otro c/ Arzobispado de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios" del 08/02/2011, *eDial.com*, AA6A20.

El autor referido en el párrafo anterior, adhiere a esta última, aunque introduce un nuevo elemento al debate: “(...) cuando la relación sea emplazable en el ámbito del derecho del consumidor, el plazo de prescripción es el de tres años que fija dicha ley en su art. 50 (...)”. Adhiere a esta tercera opción Moeremans (2013), quien aclara que ello será así siempre que el tercero alegue y pruebe que estaba expuesto a una relación de consumo al producirse el daño. También Hernández se pronuncia a favor de este *tertium gens* cuando se trate de contratos educativos de naturaleza privada. (2005, pp.319-320)

En cuanto al modo en que debería determinarse el régimen aplicable en cada caso, compartimos el análisis y la conclusión a la que arriban Diez-Picazo y Gullón, cuando señalan que

(...) un sector de autores es partidario de dar opción al dañado para optar entre una u otra responsabilidad, si bien pueden ejercitarse de forma alternativa o subsidiaria según algunos. Otros entienden que la ley del contrato desplaza necesariamente a la responsabilidad extracontractual. Finalmente, otra tesis se construye bajo el presupuesto de que hay una única pretensión de resarcimiento fundada en un evento único dañoso, lo que origina una concurrencia de normas en la que puede sustentarse aquella pretensión. Es el juzgador el único competente para la elección de la norma aplicable, en virtud del principio *iura novit curia*, sin que, por lo tanto, le vinculen los fundamentos de derecho que el actor alegue en defensa de su posición. (1992, pp.596-597)

De tal modo podemos observar, que no son pocos los inconvenientes que se siguen de la dualidad que presenta un régimen de responsabilidad mixto, en que se han injertado a un sistema de claro corte subjetivo, normas con una marcada tendencia hacia la responsabilidad objetiva.

Por su parte, Andrada sostiene que, aún a costo de alguna flaqueza sistemática, en razón de su inclusión en la esfera aquiliana, está de acuerdo con su incorporación al derecho objetivo. (2007, p.159).

## CAPÍTULO V

### LOS POSIBLES LEGITIMADOS PASIVOS

#### **1) Propietario del establecimiento**

El propietario del establecimiento educativo, es aquella persona que organiza la actividad educativa dedicada a la formación de niños y adolescentes. Puede o no ser el titular del centro donde la actividad se desarrolla. De igual modo, puede ser una persona de existencia visible o de existencia ideal<sup>53</sup>. Además, puede prestar su servicio en forma gratuita u onerosa. La gestión puede ser de carácter pública, privada, o mixta. Finalmente, la relación puede derivar de un contrato expreso o tácito.

Esto que hoy podemos determinar resumido en un breve párrafo, es el resultado de numerosas discusiones y diferencias doctrinarias, jurisprudenciales, y fue también materia de reformas legislativas a todos los niveles<sup>54</sup>.

No obstante, si bien la figura se encuentra hoy notablemente delimitada a los fines del artículo 1.117 del Código Civil, existe todavía una corriente doctrinaria impulsada por juristas de renombre que intenta ampliar la previsión de la norma para todos aquellos que propongan una actividad dedicada a la enseñanza de menores en forma organizada.

En ese sendero discurre Caballero Lozano, quien piensa que establecimiento educativo o centro docente

---

<sup>53</sup> En el caso de establecimientos privados, habrá que estar a la titularidad de la empresa y a la forma jurídica adoptada, sea asociativa (ej. asociación civil), sea societaria (sociedad comercial S.R.L. o S.A.), distinguiéndosela del titular del inmueble "salvo que el daño provenga del propio inmueble, en donde deviene aplicable para éste el art. 1.113, segundo párrafo del Código Civil. (Arias Cáu, E. J. 2011).

<sup>54</sup> Estos temas fueron materia de análisis, en forma directa o tangencial, en toda la doctrina y jurisprudencia citada en este trabajo, por lo que indicar sólo algunos iría en desmedro de los restantes.

(...) puede ser entendido como la organización de tipo empresarial dedicada a la educación de los niños y adolescentes y que imparte conocimientos correspondientes a un nivel de enseñanza ya sea reglada o libre (caso de “academias” de toda índole), concepto que se ha de aplicar a cualquier tipo de establecimiento, con independencia de su carácter público o privado o “semi público”. Esta responsabilidad puede ser extendida a los centros docentes dedicados a la rehabilitación de menores, porque en ellos hay un sistema organizado de enseñanza o al menos está bajo el control de una autoridad educativa. (1991, p.971)

Hace lo propio Kemelmajer de Carlucci, quien opina que

(...) por las palabras de la ley y los fines declarados puede entenderse que la ley contempla todos los supuestos en que la enseñanza se imparte a un menor a través de una organización de tipo empresarial que supone control de una autoridad. Así por ejemplo, la responsabilidad objetiva no afecta a una maestra de inglés que da clases particulares, pero sí a un instituto, organizado bajo la forma de empresa, que tiene una dirección o función equivalente. (1998, p.1.058)<sup>55</sup>

Sin desconocer las fundadas razones dadas por la prestigiosa jurista mendocina<sup>56</sup>, no coincidimos con la solución propuesta en este sentido. En primer lugar, por cuanto es claro que la reforma sólo tuvo por fin introducir cambios en el sistema educativo integrado por los colegios. Ese fue el objeto de debate y tratamiento. Desde luego que ello no es óbice, en los casos en que pueda presentarse un reclamo por los daños derivados de una actividad de enseñanza, a que se consideren analógicamente las razones que llevaron al

---

<sup>55</sup> En igual sentido, se expresa Pizarro (2006, pp.406-407).

<sup>56</sup> Quien con su habitual profundidad en el tratamiento de los temas a estudio, nos trae también a colación algunos antecedentes de tribunales españoles en los que se condenó a instituciones de formación deportiva por los daños sufridos por alumnos en ocasión de su práctica. De las reseñas efectuadas en ambos casos, se desprende que se trataba de práctica de artes marciales. Cabe señalar que en el segundo caso, es claro que la responsabilidad no surge de una imputación objetiva, sino subjetiva, pues se imputa el no uso de elementos protectores como nexo causal de la lesión. En el primero, pareciera que la imputación sí sería objetiva, no obstante se indica que existió una disminución del *quantum* indemnizatorio debido a la asunción del riesgo que implica la práctica de artes marciales. No se advierte cómo pueden resultar entonces compatibles los ejemplos dados con nuestro sistema vigente. El primero, porque la responsabilidad objetiva agravada del artículo 1.117 -en su interpretación mayoritaria actual difícilmente admita tratar la asunción del riesgo. El segundo, por cuanto, como dijimos, se basa en una imputación subjetiva.

legislador a objetivar la responsabilidad del propietario del centro educativo<sup>57</sup>. Pero de ahí a afirmar que existe identidad de régimen entre el supuesto expresamente previsto y otros que puedan ser similares, hay un largo trecho. Máxime cuando se trata de una previsión legal que agrava en forma notoria la situación de un grupo determinado de personas en virtud de las consideraciones efectuadas a su respecto.

Para Gómez Calle (2002)

(...) la responsabilidad del titular se justifica porque es a él a quien compete la organización del centro y, por tanto, la selección y control de su profesorado y demás personal, la determinación de su dotación personal y material, la ordenación de las actividades escolares, extraescolares y complementarias, y la gestión y mantenimiento de instalaciones y materiales. (López Mesa, 2009(2))

Por eso, Andrada señala que el legitimado pasivo es el propietario del establecimiento educativo. Para él, está bien que así sea, pues advierte la iniquidad que entrañaba presumir responsable a los directores de colegios y maestros artesanos, en las condiciones actuales de la vida escolar. Asimismo, indica que tampoco satisfacía hacer cargar a la víctima con la prueba de la culpa del docente, porque ello conduciría -en la mayoría de los casos-, a dejar al perjudicado sin la reparación a la que tiene derecho. (2007, p.159)

En lo que respecta al titular del establecimiento educativo cuando éste es de gestión pública, es el Estado (Nacional, Provincial o Municipal) quien reviste ese carácter. De ese modo, en armonía con la norma del artículo 1.117, se encuentra el artículo 1.112 del Código Civil que consagra la responsabilidad del Estado por la falta de servicio.

De ese modo, el Estado vendría a responder por una clara omisión o abstención de los docentes y de las autoridades del Colegio (sus funcionarios) en el cumplimiento del deber de prestar una continua y permanente vigilancia sobre sus alumnos y en orden a resguardar, no sólo el buen orden interno, la disciplina escolar o la buena conducta de los educandos, sino,

---

<sup>57</sup> Es lo que -tibiamente- parece proponer Novellino (1998, p.64).

fundamentalmente, velar por la seguridad y custodia de la vida, salud e integridad física y moral de los mismos.

Se ha proclamado en tal sentido, que

La antijuridicidad o el ilícito objetivo, estaría materializado en tal omisión o abstención que no es otra cosa que un "irregular" cumplimiento de las obligaciones que le estaban impuestas, para emplear la verba con que el codificador redactara el artículo 1.112 del Código Civil. Y si a consecuencia de ello se deriva un daño a alguno de los alumnos (los sujetos sometidos a cuidado y vigilancia) la responsabilidad extracontractual por el mismo, con su consecuente deber de reparar se imputa al Estado bonaerense en forma directa al influjo de la idea objetiva de la "falta del servicio", que en el particular se configuraría por el inadecuado o irregular ejercicio del deber de custodia y seguridad de los alumnos, al omitir o descuidar las medidas necesarias de vigilancia a que estaba obligado como modo de contribuir a la eficaz prestación del servicio de la educación primaria, común y obligatoria en las escuelas a su cargo, y a través del cual se hace realidad el derecho de enseñar y aprender que la Constitución Nacional -al igual que la provincial- garantiza a todos los habitantes de nuestro suelo (arts. 5° y 14, Const. Nac.; 35, 198, 199 y 200, Const. Provincia de Buenos Aires; 1.074 y 1.112, C.C.)(...)<sup>58</sup>.

Como ya hemos visto, la actual redacción de la norma específica aplicable hace que no sea necesario distinguir si el daño causado fue producto de falta de servicio, negligencia, hecho de los dependientes, de otros alumnos, o de terceros; pues el titular responde en forma objetiva y sólo se exime si acredita el caso fortuito, aun cuando se trate de un establecimiento de carácter público.

## 2) El director

Menciona Sambrizzi (1998) que, en comparación con la fuente del artículo 1.117 (el antiguo artículo 1.384 del código civil francés<sup>59</sup>), ya Vélez

---

<sup>58</sup> CCiv.Com. de Lomas de Zamora, Sala I, 29/04/2008, "Díaz, Manuel Sebastián c/ Dirección de Educación Media Técnica y Agraria s/ ds. ps.". LL (online), AR/JUR/2556/2008.

<sup>59</sup> Recordemos que esa norma establecía que los maestros y los artesanos eran responsables del daño causado por sus alumnos y aprendices durante el tiempo que ellos estén bajo su vigilancia. Se ha indicado también como fuente de nuestro artículo 1.117 al Esboço de Freitas,

Sársfield había limitado la responsabilidad de los docentes, pues la disposición francesa era más amplia, debido a que establecía la responsabilidad de los maestros o docentes<sup>60</sup>, mientras que nuestro codificador sólo dispuso la de los directores<sup>61</sup>. Ello fue, por otra parte y tal como puede advertirse, una manera de atenuar la responsabilidad, al ser más factible para el director del colegio - que para el maestro- acreditar su falta de culpa.

La ley 24.830 eliminó la presunción de culpa de los directores de colegios, los cuales sólo deberán responder en el supuesto de ser también, como ya dijimos, propietarios del establecimiento educativo, o por su actuar doloso o culposo, o sea por aplicación de los principios de derecho común, que requieren la prueba de la culpa (art. 1.109 y concordantes del Código Civil)<sup>62</sup>.

---

que establecía la responsabilidad de los maestros y directores de colegios por los alumnos menores de siete años, mientras permanezcan bajo su vigilancia (art. 843, inciso 5°), eximiéndolos de responsabilidad si probaren que no hubo culpa de su parte, es decir, que no pudieron impedir el daño con la autoridad que su calidad les confería y con el cuidado que era de su deber poner (art. 3.666). A su vez el artículo 2.320 del código civil chileno -también señalado como antecedente- establecía en su primera parte, de manera general, que toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado, agregando más adelante, en norma derogada por la ley 18.802, del 09/06/1989, que así los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso. La última parte del artículo 2.320 determina con relación a las responsabilidades allí establecidas, que cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho (Salinas, 1969, pp.1.359-1.360).

<sup>60</sup> Por una ley del año 1899 se sustituyó la responsabilidad de los docentes que integran la enseñanza pública, por la del Estado, estableciéndose así una diferencia sin fundamento razonable con los docentes de la enseñanza privada, la cual quedó sin efecto en el año 1937, al eliminarse la presunción de responsabilidad de los maestros, cuya culpa debía en todo caso ser acreditada.

<sup>61</sup> Esto fue en su momento criticado por Llambías (1976), al afirmar que cuando un alumno comete un daño, de quien se puede sospechar que sea culpable es más del maestro que del director del colegio, cuya función no se relaciona con la vigilancia inmediata, sino con la disciplina general del instituto, así como de la orientación y nivel de los estudios, del control del personal docente y auxiliar, etc. (pp.411-412).

<sup>62</sup> En ese sentido, entre muchos otros, CCont.Adm. y Trib. de CABA, Sala II, 28/10/2008, "M. F. c/ GCBA s/ ds. ps.", y doctrina y jurisprudencia allí citadas, *eDial.com*, AA4C98.

En efecto, es cierto que los directivos (y los maestros) de un establecimiento educativo pueden llegar a ser responsabilizados en forma directa por los daños que sufren los alumnos en el ámbito escolar. Pero para que ello suceda, se requiere que aquel que lo persiga acredite (art. 377 del Código Procesal) que obró con dolo o culpa acudiendo al marco legal y principios de la responsabilidad subjetiva contenidos en el art. 1.109 del Código Civil. Sobre el particular, cabe resaltar la reforma que recibiera el art. 1.117 del mismo cuerpo normativo, el que desechó la responsabilidad refleja respecto de los primeros en relación al segundo, y la presunción de culpa<sup>63</sup>.

Por ello es que se ha dicho con razón que, al no existir respecto a los directores ningún factor legal objetivo de atribución de responsabilidad, corresponde examinar su proceder desde una óptica subjetiva, en punto a establecer su eventual imputabilidad. Es del caso señalar que, por lo general, los directores no se encuentran presentes en el desarrollo de las actividades escolares, siendo su función eminentemente de planificación y gerenciamiento. Así las cosas, resulta harto dificultoso que puedan ejercer acciones positivas que impidan los daños que puedan suscitarse durante las actividades<sup>64</sup>.

Además, como señaló De Los Santos al dictar la sentencia de primera instancia en los autos citados en el párrafo precedente, no siendo la directora empleadora de las maestras, sino su superior jerárquico funcional, no resulta aplicable tampoco la norma del artículo 1.113, primera parte del Código Civil a su respecto<sup>65</sup>.

Lo expuesto será de tal modo, insistimos, siempre que la directora no reúna el doble carácter de dueña y directora, pues entonces su responsabilidad se vería comprometida debido al primero de los roles.

---

<sup>63</sup> CCiv.Com.Lab. y de Minería de Neuquén Sala III, 27/12/2012, "B. E. R. y otro c/ Consejo Provincial de Educación y otro s/ ds. ps.", MJ, MJJ77096.

<sup>64</sup> CNCiv. Sala "H", 25/04/1995, "A., H. M. y otro c/ Quilmes SA Expreso y otros s/ ds. ps.", LL 1997-A, p. 23.

<sup>65</sup> JNCiv. 67, 21/09/1993, "A., H. M. y otro c/ Quilmes SA Expreso y otros s/ ds. ps.", LL 1997(A), p.24.

La dinámica del sistema educativo actual impone al director una gran demanda de actividades de representación, programación, entrevistas, entre otras, lo que torna prácticamente imposible que pueda controlar el desarrollo de las actividades educativas en el aula o en espacios exteriores. Por ello es razonable que se haya quitado la presunción de responsabilidad que pesaba sobre sus espaldas respecto de los daños ocasionados –y ahora también por los sufridos- por los alumnos.

Además, en un sistema como el planteado por la reforma, el director es, generalmente, un dependiente más, calificado pero dependiente al fin, del titular del establecimiento que es quien propone la actividad y, muchas veces, usufructúa con ella.

Desde luego que frente al daño no se libera *per se* al director de toda “culpa y cargo” pero, si se pretende su condena, deberá demostrarse que su accionar u omisión fue negligente y que guarda un adecuado nexo de causalidad con el hecho dañoso.

### **3) Los docentes**

Hemos examinado la responsabilidad de los propietarios de los establecimientos educativos establecida por la nueva ley y de como la reforma alivió la que pesaba sobre los directores. En efecto, los dueños de los centros de enseñanza son ahora los principales responsables frente a la víctima.

Pero ello no significa, sin embargo, que los docentes se encuentren absolutamente exentos de la posibilidad de tener que responder o que carezcan de responsabilidad por los daños que puedan irrogarse durante la actividad. Es que no resultaría lógico, serio ni justo, despojar de toda responsabilidad por los daños que pudieran sufrir o causar los educandos, precisamente a aquellas personas que -en general- cuentan con la mayor posibilidad de prevenir su acontecer y que, en otras, incluso puedan llegar a ser los responsables de su devenir, ya sea por acción u omisión.

Además, cabe recordar que se trata, en la mayoría de los casos, de profesionales de la especialidad, preparados para manejar la generalidad de las contingencias que se puedan ir desarrollando a lo largo del curso lectivo, tanto en actividades en el aula como fuera de ellas.

No desconocemos, que es cierto también que los establecimientos educativos cuentan -muchas veces- con personas a cargo de la enseñanza que no son docentes. Sea porque se encuentran cursando sus estudios en la materia, porque son profesionales de otras áreas o porque, simplemente, se encuentran cumpliendo el rol frente a la necesidad de trabajar. Éstos, también deben contar con un mínimo de capacitación que les permita afrontar las exigencias de la tarea educativa y, a la vez, ser conscientes de la responsabilidad que les cabe por ello. Esa tarea queda, sin dudas, en cabeza del director y, que ello se cumpla en forma efectiva es, sin hesitación, una carga que pesa sobre el propietario.

No obstante, sea que la persona a cargo ostente o no el título habilitante, aun frente a la nueva redacción de la norma, los docentes no han quedado exentos de la posibilidad de tener que responder por los daños que pudieran sufrir los alumnos a su cargo. Esa circunstancia puede llegar a hacerse efectiva por dos cauces o vías.

La primera, cuando el establecimiento educativo o su aseguradora pagaron al perjudicado, pueden repetir -en razón de haber respondido por el hecho ajeno- contra el director o maestro que haya sido el causante directo del daño o que haya incumplido con los deberes a su cargo a fin de prevenir el hecho dañoso.

Así lo explica Pizarro, cuando dice que pacíficamente se admite que el propietario del establecimiento puede tener acción recursoria en contra del docente que por su culpa o dolo causó el daño. Pero, para que proceda la acción, "(...) es preciso que el responsable haya pagado la indemnización, acredite la atribución del daño al dependiente y, en los casos de dependencia

laboral, por aplicación del art. 87 LCT demuestre que el responsable ha obrado con dolo o culpa grave (...)" (2006, p.433)

La segunda alternativa, se da porque la víctima puede demandar directamente al docente, en los términos del artículo 1.109 (o 1.112, en su caso) del Código Civil, por razón de su hecho propio, demostrando la culpa en que haya incurrido el profesional de la enseñanza.

Es que, como expone Sagarna

A partir de la modificación introducida al artículo 1.117 del Código Civil por la ley 24.830, los titulares de los establecimientos educativos responden con base en el factor de atribución objetivo "garantía", pero ello no obstaculiza la acción contra los docentes, que pueden ser demandados con fundamento en los artículos 1.074 y/o 1.109 del Código Civil, aunque en este último supuesto el accionante deberá probar la culpa del educador accionado, sea por haber omitido las diligencias respectivas o haber actuado negligentemente. (1999, p.100)

Con relación al factor de atribución, ninguna duda cabe que el soporte de esta responsabilidad es subjetivo. Lo que se trata de dilucidar, es que si para que se vea comprometida la responsabilidad del docente, debe concurrir una culpa cualificada o basta una culpa común u ordinaria.

La primera posición ha sido sostenida desde diversas fuentes. Por ejemplo, ya hemos visto que la ley española 1/91 dispone que el establecimiento educativo puede exigir de los profesores las cantidades satisfechas si hubiesen incurrido en "dolo o culpa grave" en el ejercicio de sus funciones.

En nuestro país, en las reuniones conjuntas que precedieron a la sanción de la ley nº 24.830, la posibilidad de la culpa calificada no fue descartada en la disertación del profesor Alterini. Así, en un tramo de su exposición, el destacado jurista expresó

(...) teniendo en cuenta el sentido general del pensamiento y el sentido de justicia que existe en la comunidad, me parece que respecto de esta pretensión de interés, si bien la comunidad está exigiendo que el daño sea reparado, ella no está queriendo instalar el terror o llevar a la ruina a los maestros y a los directores

de escuela por circunstancias ajenas a su culpa -me animaría a decir a su culpa grave- o a su dolo (...). (1997, p.1.693)

Nosotros consideramos que estas reflexiones resultan sumamente acertadas. No sólo desde un punto de vista economicista respecto de quien se encuentra en mejores condiciones de responder eventualmente frente al daño. Tanto o más importante que ello, es la protección de la abnegada, silenciosa y muchas veces –lamentablemente demasiadas-, poco reconocida y mal remunerada tarea que desarrollan cada día los docentes de todas las especialidades y jerarquías.

Analícemos la situación en que se desarrolla tan noble y socialmente trascendente vocación. Sueldos bajos o insuficientes, saturación de aulas, educandos –y muchas veces, también progenitores- cada vez más faltos de pautas de conductas sociales básicas, falta de contención en sus propios hogares, deficiencia de recursos materiales e infraestructurales; son sólo algunos de los factores que atentan contra un normal desarrollo de la actividad educativa. Si a ello agregáramos una responsabilidad agravada por cada perjuicio que algún alumno pudiera sufrir en el desarrollo normal de la actividad, sólo los más valientes o desesperados, se atreverían a desempeñarse como educadores.

Por ello, corresponde adoptar un criterio sincrético según cual sea la acción instaurada contra el docente.

Para Andrada (2007), cuando el daño no ha sido reparado aún, en las acciones directamente dirigidas contra el docente, en los términos del artículo 1.109 del Código Civil, bastará una simple culpa para que se vea comprometida la responsabilidad del docente. Él considera que la exigencia de una culpa cualificada, en este caso, no se compagina con el sistema del Código para el que, por regla general, basta una simple culpa para estar obligado a la reparación del perjuicio.

En cambio, afirma que cuando el daño ya ha sido indemnizado, es decir, cuando el establecimiento educativo (o su aseguradora) ha pagado, ya no

militan las precipuas exigencias de que todos los perjuicios sean reparados. Entonces, considera que es necesaria una culpa grave para que el docente deba pagar al centro educativo lo que éste ha desembolsado para desinteresar a la víctima.

Es por ello que se pregunta,

¿Cómo es posible responsabilizar a una docente que en un recreo debe observar a cincuenta o cien niños para mirarlos a todos a la vez?; si en ese contexto un alumno propina un repentino empujón a otro que se accidenta ¿será sin más responsable el docente encargado de la vigilancia en el recreo? (p.164)

Por ello considera que, en la acción de repetición, la solución de la legislación española es satisfactoria y puede ser recibida entre nosotros porque no colisiona con nuestro sistema normativo. Según apunta, es verdad que, en el derecho argentino, por regla general, basta una mera culpa para tener la obligación de resarcir el perjuicio ocasionado. Sin embargo esa es la regla para todos los casos en que el perjuicio no ha sido aún reparado con lo que puede ser matizada y aun corregida en los supuestos en que los perjuicios ya han sido indemnizados. (pp.163-4)

Si bien rescatamos el atento análisis de una de las situaciones desfavorables con que conviven los docentes y la ventajosa posición derivada de la solución propuesta, no coincidimos con la postura adoptada.

Es que la responsabilidad de los docentes por los hechos u omisiones propios de su actividad, no tiene por qué verse atenuada. De hecho, en lo que a su especificidad corresponde, les resulta plenamente aplicable la previsión del artículo 902 del Código Civil. La cuestión medular es que ello no importa asumir que los educadores deban ser responsables de todo acto que pueda suceder en su presencia.

Por otra parte, sujetar el análisis de la responsabilidad al sólo hecho de asegurarnos de contar con -al menos- un responsable, tampoco nos parece atinada. Es que, de ser así, estaríamos valorando la misma conducta de un modo u otro según, a mero modo de ejemplo, la compañía aseguradora haya o

no quebrado. Dejar librada la suerte del docente en un pleito a esas circunstancias nos parece irrazonable. Aún frente a la víctima lesionada. Para ello se instauró un sistema objetivo pues, de lo contrario, si se analizara con mayor rigor la actividad del docente al único efecto de contar con un responsable más, podría llegar a darse la paradoja de que el docente se termine convirtiendo en “asegurador” de la compañía y/o empresa educativa insolvente.

Retomando el ejemplo del empujón en el recreo (ya mencionado en párrafos anteriores), podemos afirmar que no hace falta que se trate de cincuenta o cien alumnos a cargo de un docente, que puedan hacer presumir una falta de control suficiente, para que un hecho dañoso pueda provocarse. Para quienes nos desempeñamos en actividades formativas, educativas o recreativas (en nuestro caso en forma *amateur*<sup>66</sup>) que involucran la interacción de menores, sabemos que basta un impulso de parte de uno de los intervinientes para generar una situación que puede desencadenar un daño en otro. Sean dos, diez o cien los participantes y aunque haya igual número de personas a cargo de la actividad. Se trata de niños o jóvenes. Personas, no robots que se puedan controlar en forma absoluta.

Viene al caso señalar que, contrariamente a lo que podría pensarse, en la actividad deportiva realizada en forma extraescolar (clubes, colonias) el entrenador a cargo cuenta con más elementos para el control de la disciplina de los alumnos. Más informalidad en el trato, mayor facilidad para excluir al niño de la actividad o, incluso, lograr su expulsión de la institución. A ello, se suma el hecho de que la participación en los equipos es voluntaria.

En el caso de la actividad deportiva escolar, participar o no de una propuesta de esta naturaleza, es un incentivo mucho más eficiente para la buena conducta que estar o no dentro del aula. Por otra parte, usualmente los profesores de educación física cuentan con una llegada mucho más directa a

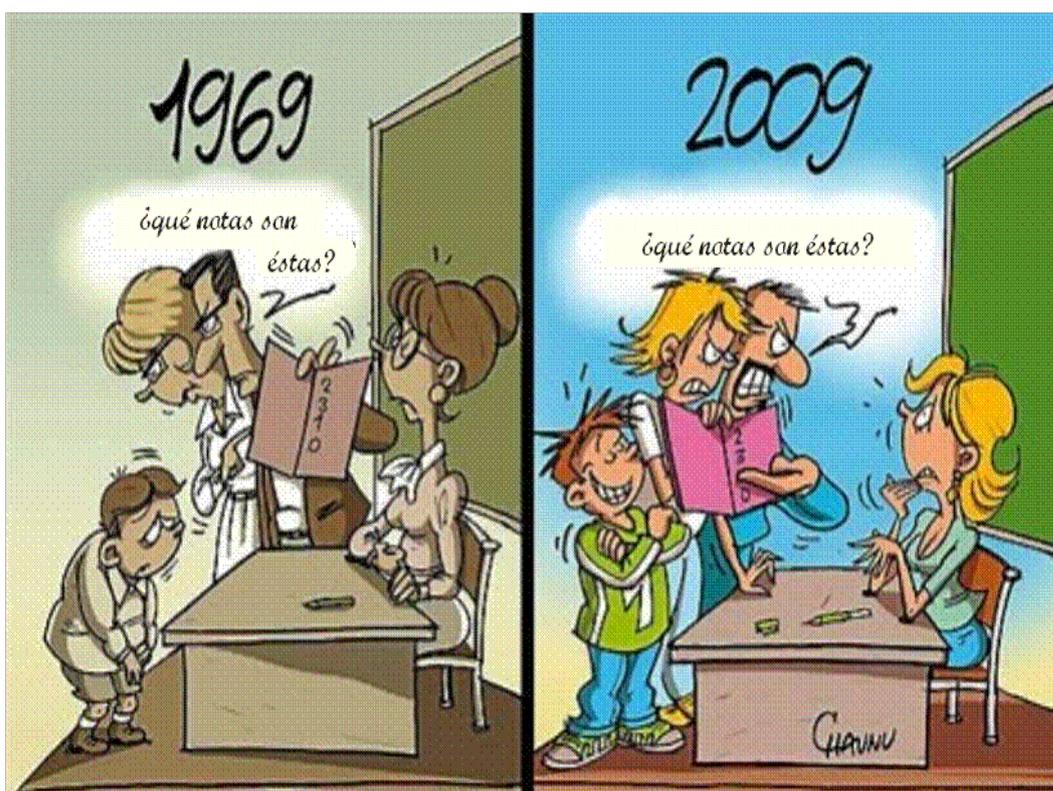
---

<sup>66</sup> Como entrenador de divisiones de niños y jóvenes de entre 5 y 19 años que practican rugby en un Club afiliado a la Unión de Rugby de Buenos Aires (URBA), desde el año 1995 a la fecha.

los alumnos debido a la menor formalidad con que se desarrollan esas actividades.

En cambio, nuestra realidad nos presenta a los docentes en el aula como “atados de pies y manos”. Las amonestaciones ya no corresponden pues resultan antipedagógicas y pueden “traumar” a los alumnos. Menos aún, puede pensarse en “plantones” o penitencias. Además, las notas no deben confundirse con la disciplina, barriendo así con la evaluación integral del educando. Por otra parte, los directivos deben conformar a los padres que, en muchos casos, están más dispuestos al rezongo por una baja calificación o un llamado de atención, que a adoptar medidas para una mayor exigencia en el desempeño del vástago.

Nos permitimos la licencia de incorporar una gráfica que ilustra claramente lo que intentamos exponer en el párrafo que antecede<sup>67</sup>.



<sup>67</sup> La ilustración realizada por Emmanuel Chaunu, fue la ganadora del concurso del Congreso sobre Educación y Vida Sostenible, celebrado en la ciudad de San Pablo, Brasil. Estamos convencidos que resulta sumamente ejemplificadora de la idea que intentamos destacar.

La caricatura se integraba con la siguiente frase: "Todo el mundo piensa en dejar un planeta mejor para nuestros hijos..."

...Cuando lo que debería pensar es en dejar mejores hijos para el planeta."

#### **4) El causante del daño (menor)**

##### **A) Progenitores**

Para que la previsión legal se torne aplicable, es imperativo que el alumno que causa o sufre un daño sea menor de edad, sin que la norma contemple diferencia alguna según sea que éste tenga o no discernimiento.

Si bien creemos que esta falta de distinción es inadecuada y, muchas veces, injusta; para otros, ello es una cuestión de estricta política legislativa que sustenta su espíritu en una responsabilidad objetiva agravada.

En sintonía con la primera postura, Zavala de González escribió poco tiempo después de sancionada la reforma, que

el sistema ofrece la paradoja de que el titular de la institución de enseñanza está sometido a una severa responsabilidad objetiva, mientras que la obligación paterna mantiene una raíz subjetiva, ya que admite la liberación por la no culpa del progenitor (aunque aplicada restrictivamente en la jurisprudencia). Quienes obran por delegación de los padres no debieran soportar un régimen resarcitorio más riguroso, en comparación con los primeros y naturales responsables por la educación y control de los menores. En consecuencia, la disvaliosa irrestrictez de la responsabilidad instituida en el artículo 1.117 la torna inconstitucional, por violación del principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional)". (1999, pp.95-6)

Entre quienes se enrolan en la segunda opinión, Pizarro advierte que, de no aplicarse la pauta legal vigente, podría darse el caso que frente a la exención del establecimiento por el daño causado o sufrido por un menor adulto con plena conciencia sus actos, y frente a la falta de responsabilidad de sus progenitores a tenor de lo dispuesto por los artículos 1.115 y 1.116 del

Código Civil, "...el hecho dañoso quedaría así "en tierra de nadie" con evidente desprotección de la víctima...". (2006, pp.412-413)

Las teorías esbozadas para justificar los basamentos de esta responsabilidad han sido varias. Entre ellas podemos mencionar: a) "la de la culpa in vigilando", que presupone que la patria potestad impone a los padres obligaciones respecto al hijo y frente a terceros, vale decir la de impedir que aquéllos causen daños; b) "teoría de la culpa en la educación", aquella que entiende que si el progenitor tiene el deber legal de educar a su hijo, es razonable presumir que el daño que éste causa, es una muestra del incumplimiento de la obligación legalmente impuesta; c) "teoría de ambas culpas acumuladas", es decir que las dos culpas no se excluyen, se responden por la infracción a los deberes de buena educación y vigilancia; d) "teoría del fundamento económico", partiendo de la base de que los menores carecen de bienes propios para responder por los perjuicios que causan, el fundamento para esta postura radica en la patria potestad en sí misma, la que impone obligaciones a los padres frente a sus hijos y a terceros (Kemelmajer de Carlucci, 1994, p. 591 y ss.).

Como consecuencia del régimen legal vigente, es principio general que la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos menores cesa cuando éstos son entregados a un establecimiento.

Al respecto, el Código Civil dispone en el artículo 1.115, que la responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona. A continuación, el artículo 1.116, establece que los padres no serán responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos, si probaren que les ha sido imposible impedirlos. Esta imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos.

Por eso, en algunas oportunidades se invocó que el mero hecho de entregar al menor a la custodia del centro de enseñanza para su educación, no importa el desprendimiento liso y llano de toda responsabilidad de los progenitores.

Sin embargo, las previsiones de los artículos mencionados parecieran, en principio, desligar de toda responsabilidad a los progenitores por los hechos de sus hijos menores de edad cuando éstos son dejados bajo la vigilancia del centro educativo<sup>68</sup>. No obstante, la última parte del artículo 1.116, dependiendo de su interpretación, contiene una brecha por la cual es posible que se filtre su responsabilidad. Ello será así según se entienda a la “vigilancia activa” como la posibilidad de controlar a los menores en el momento en que se sucede el hecho o, desde una interpretación más extensa, como la de ejercer sobre éstos el debido control de conductas más allá de que aquellos se encuentren presentes o no.

## **B) La vigilancia activa**

Es claro que, tal como dispone el artículo 1.116, la vigilancia debe ser activa. A fin de dilucidar el alcance de este término, traeremos a colación sus primeras tres acepciones: “activo/va (del lat. *actīvus*). 1. adj. Que obra o tiene virtud de obrar. 2. adj. Diligente y eficaz. 3. adj. Que obra prontamente, o produce sin dilación su efecto...” (Real Academia Española, 22ª edición).

La primera acepción, nos indica que no es indispensable que sea posible actuar en el mismo momento, pues la potencialidad del acto también está contemplada. En la segunda, no se realiza distingo alguno respecto del momento, haciéndose mención al resultado. Es recién en la tercera, en la cual encontramos referencia a la inmediatez.

---

<sup>68</sup> Dejaremos de lado las disquisiciones sobre el alcance del término permanente, pues entendemos que la inteligencia de la norma ha querido significar, claramente, que se trata de una supervisión sostenida y no meramente ocasional. En modo alguno, entendemos, se ha querido decir que se refiere a supuestos de entrega de menores a establecimientos del tipo internados.

La tercera de las acepciones del término, ceñiría el alcance de la vigilancia activa a la posibilidad de que el padre pueda ejercer la autoridad por encontrarse en presencia del menor. Es claro que aquella es una situación de excepción durante el desarrollo de la actividad educativa, pues ésta se despliega mayormente en ausencia de los progenitores. No obstante, algunas veces los progenitores presencian actividades (vgr.: torneos abiertos, actos conmemorativos, representaciones teatrales, excursiones con auxilio de padres, etc.). Allí, se genera entonces la discusión sobre si, en esos momentos, puede considerarse que ejercen control y/o vigilancia sobre sus hijos o si, por el contrario, son meros espectadores<sup>69</sup>.

La primera y segunda de las definiciones, proponen una mayor extensión del término vigilancia, que no se limita a la presencia del progenitor para que este ejerza un rol de autoridad y guía sobre las conductas de sus hijos. En estas acepciones, vigilancia activa implica que el menor, en virtud de la enseñanza de sus padres, ha incorporado pautas mínimas de conducta en sus relaciones interpersonales, sea por la convicción que éstas han llegado a generar, sea por el temor a la sanción de la que podría ser pasible frente al incumplimiento.

En defensa de la interpretación más restrictiva, encontramos posturas como la de Andrada, quien ha expresado sobre el particular, que la responsabilidad de los padres propiciada por algunos proyectos no le parece razonable ni necesaria. Ha dicho en ese sentido, sin negar, ciertamente, las obligaciones de los padres en cuanto a la formación integral de los menores (incluso ha propiciado su responsabilidad objetiva), que hacer responsable a los padres cuando sus hijos se encuentran bajo el control de las autoridades

---

<sup>69</sup> Si bien consideramos que, en esos casos, la organización de las actividades y la conducción de los alumnos se encuentran a cargo del establecimiento educativo, muchas veces los progenitores y familiares asistentes no colaboran con el desarrollo programado. No nos referimos únicamente a que no ayuden como parte de la organización, sino que contribuyen al desorden con acciones como, por ejemplo, llamar a sus hijos y/o amigos para saludarlos u obtener una fotografía, haciendo que estos se aparten del grupo y control del docente a cargo o, peor aún, cuando en vez de presenciar pasivamente la actividad o alentar de vez en cuando, excitan a los chicos con expresiones desmedidas o, incluso, intentan dar instrucciones.

educativas es ir demasiado lejos. Por ello, afirma que "(...) queremos satisfacer a la víctima, pero con justicia. Y en el caso, el resarcimiento debido a la víctima está asegurado con la responsabilidad del propietario del establecimiento educativo y el aseguramiento obligatorio, ¿para qué más...?". (2007, p.158)

Pero más allá de esos argumentos, creemos que ni el problema ni las soluciones se acaban en buscar alguien que responda por el daño y con ello dar por cerrado el debate. La cuestión es más compleja y extensa que sólo intentar contar con un sistema que asegure el resarcimiento de la víctima. Al menos ello será así, si lo que buscamos es prevenir los daños y no simplemente repararlos. Por otra parte, tampoco pareciera ser la intención de la ley, pues no obstante la reforma al artículo 1.117, la redacción de los artículos que lo preceden quedó intacta.

Es decir que, como enseña Bustamante Alsina, ya sea que el hecho ocurra en presencia de sus padres o no, la prueba eximente que éstos deben aportar versará siempre sobre la conducta observada por ellos en relación a su deber de vigilancia, cuidados y educación. (1993, p.362)

Para Salas, la vigilancia activa resume los extremos de que los padres han vigilado a sus hijos y, además, le han proporcionado una buena educación, sin que baste la simple recomendación de prudencia para exonerarlos de responsabilidad frente a la producción del hecho dañoso. (1971, pp.619-620)

En este orden de cosas, aun si los padres estuvieren separados o divorciados, creemos que pesa sobre ambos la responsabilidad por la falta de vigilancia activa que trasluzca una falta de pautas de conducta adecuadas. No puede entenderse de otro modo la previsión del artículo 264 del Código Civil, en cuanto dispone que el hecho de que el progenitor que detente la tenencia ejerza la patria potestad, no obsta a que el otro tenga adecuada comunicación con el hijo y supervise su educación. El sentido que debe otorgarse a esta previsión legal es, a no dudarlo, amplio. La comunicación debe ser fluida y permanente, claro está, siempre que no existan elementos que pongan en riesgo la normal evolución del menor.

En cuanto al derecho de supervisar la educación de los hijos, ello no se refiere a la mera circunstancia de participar en la elección del centro educativo al que concurrirá el menor, sino que importa un derecho-deber más extenso: el de involucrarse y comprometerse en todo lo atinente a la educación y formación del niño. Estar al tanto de su desempeño escolar, pero también de su desarrollo emocional, social, intelectual y de su interacción con su medio, y contar con la oportunidad de conversar sobre estos temas a fin de orientar, aconsejar y/o encausar a su prole, son sólo algunos de los aspectos que importa la aludida supervisión de su educación.

Es por demás aconsejable, que ambos progenitores (que no por haber dejado de ser pareja han dejado de compartir su calidad de padres de sus hijos) pudieran adoptar conjuntamente las decisiones en estos aspectos, lo que facilitaría en alguna medida, el ya difícil trance de superar la separación de los padres, dando a los menores un marco de contención y seguridad. La congruencia de las posturas asumidas por los padres respecto de su educación, derivará seguramente en conductas más apropiadas pues, muchas veces, las inconductas y travesuras constantes de los niños sólo reflejan un desesperado pedido de atención.

Es por ello que no debe soslayarse el análisis del rol de los padres en la formación integral de sus hijos, y en particular de las cuestiones atinentes a los daños o perjuicios que puedan derivar de sus conductas impropias, por el mero hecho de que exista un seguro que pueda responder.

Así, recordando que el artículo 1.116 del Código Civil establece que los progenitores deben probar la vigilancia activa aun cuando el hecho del menor suceda fuera de su presencia, podemos señalar -armonizando esta norma con la anterior y la siguiente-, que la responsabilidad de los padres podría verse comprometida. Claro que, cuando el menor se encuentra en el ámbito escolar, la carga de la prueba respecto de su falta de vigilancia activa se desplazará hacia quien la invoca, colegio o docente.

### C) El menor con mala conducta

Es sabido que las normas jurídicas no sólo ordenan las conductas, sino que también las generan. Y bajo ese prisma deben interpretarse. Por ello es importante que el operador jurídico analice el sentido y fin de la norma. En ese orden de cosas, estamos convencidos de que los artículos que ahora estudiamos no tienen por objeto desvincular –siquiera en forma temporaria- a los progenitores de la responsabilidad por la educación de sus hijos.

Es cierto que sí hay un *impasse* en la vigilancia inmediata y de su cuidado durante las actividades, dentro de parámetros de desarrollo normal. Pero no ocurre lo mismo en circunstancias que tengan relación con actitudes derivadas de la personalidad del menor que a veces ni los progenitores son capaces de controlar, o que -peor aún- son consecuencia directa de su ligereza en la formación del niño o de la falta de un adecuado tratamiento de aquellas.

Por ejemplo, en un caso en el que se condenó a un colegio a responder por los daños provocados por un menor a su compañero, quedó acreditado que en momentos previos al comienzo de la actividad deportiva, un alumno *tackléó*<sup>70</sup> a otro imprevisiblemente y por detrás, cuando éste estaba hablando con otros tres compañeros, derribándolo y generando el golpe por la caída una doble fractura de tibia y peroné. También quedó demostrado con la prueba testimonial, que el menor autor del *tackle* tenía una "...conducta mala..." y que "...muchas veces se portaba mal...". Para el tribunal que intervino en el caso, estas circunstancias autorizaban a creer que una conducta como la adoptada resultaba posible y previsible, por lo que el colegio debió haber tomado mayores recaudos a fin de evitar la producción de un hecho como el ocurrido; razón por la cual desestimó la defensa consistente en la invocación de la existencia de caso fortuito<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> *Tackle* (definición del autor): En el juego del rugby: Acción que consiste en rodear con ambos brazos a un adversario por las piernas o el tronco y, empujando con el hombro, hacerle perder el equilibrio a fin de derribarlo al piso.

<sup>71</sup> CNCiv. Sala "A", 03/07/2009. "G. R. J. c/ Babar Bilingual School Dominique Seguin s/ ds. ps.", MJ, MJJ46829.

Nos preguntamos entonces ¿Qué tenían que hacer las personas a cargo de la actividad? ¿Controlar cada posible movimiento de ese niño, descuidando a los restantes? ¿No permitirle participar de las actividades? Y si el *tackle* hubiera provenido, por ejemplo, a modo de broma de parte de un compañero sin malos antecedentes de conducta ¿ello hubiera modificado la solución del caso, al no ser previsible una mala conducta de parte de un alumno aplicado?

Cualquiera sea la hipótesis planteada, lo cierto es que las decisiones resultan ser siempre contrarias a los establecimientos educativos. Pero no ya en virtud de una responsabilidad objetiva, sino por la exigencia de conductas diligentes más allá de lo razonable o humanamente posible, escudriñando por la falta que permita justificar en la conciencia una condena<sup>72</sup>.

A modo de ejemplo, en un caso se responsabilizó a la provincia titular de la institución educativa porque un alumno, empleando una bandita elástica, arrojó a otro compañero desde una distancia de 40 centímetros un pedacito de cartón mojado, provocándole una lesión ocular. A fin de establecer la responsabilidad, dijo la mayoría del tribunal que la demandada, al no haber probado que las personas al frente del curso eran diligentes, "(...) no logró inculcar, a través del personal docente y auxiliar subordinado las pautas de disciplina (...)"<sup>73</sup>. En otro, se condenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por los daños provocados por un empujón, descartándose el caso fortuito pues, en ese preciso momento, los docentes no estaban mirando a los alumnos participantes del embrollo (estaban sirviendo bebidas para todos pues se encontraban en el marco de un festejo). Se consideró como agravante de la falta de diligencia, el hecho de que los menores registraban rencillas entre sí<sup>74</sup>.

No nos parece razonable pretender que el colegio ejerza un control absoluto sobre los educandos, sea que tengan o no problemas habituales de

---

<sup>72</sup> Por mayores precisiones sobre este aspecto, ver López (2005).

<sup>73</sup> S.C.J.B.A., 24/09/2008. "T. F. F. L. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ39401, con sensata disidencia del Dr. Pettigiani.

<sup>74</sup> CNCiv. Sala "E", 10/10/2006. "Ahrens, Cristina Elizabeth y otro c/ GCBA s/ ds. ps.", *LL* del 01/02/07, pp.4-6; *íd.* *ED* del 08/05/07, pp. 5-6.

conducta<sup>75</sup>. Pero la imposición es aún más injusta cuando es claro que, si los progenitores no lo logran con una presencia y dedicación mayor (y con más resortes sancionatorios), no podrá lograrlo el colegio con las limitaciones para el control y la sanción que tiene, cuando debe atender también a la formación de una veintena, treintena o más de alumnos por curso.

A nuestro modo de ver, pareciera ser que algunos magistrados consideran que el mero hecho de que el maestro se encuentre presente lo obliga a presentir, intuir y evitar cualquier acción que pueda llegar a cruzar por la cabeza de los alumnos a su cargo. O lo que es peor aún, que esa mera presencia es suficiente para disuadir cualquier intento de travesura, picardía o pillada que pueda intentar un niño o adolescente. Tal vez, sea porque hace mucho tiempo ya que han dejado atrás sus pupitres y guardapolvos y, por eso, no recuerdan aquellas bromas o desmanes en que seguramente habrán participado y que, al pensarlo hoy seriamente, no encontrarán la forma en que hubiesen podido ser impedidos por sus maestros.

Claro que, en aquella época, la reprimenda no era sólo un llamado de atención y mucho menos un “Se está expresando. Déjenlo hacerlo con libertad y sin reprimirlo”. Eran épocas donde el infractor podía llegar a ser castigado en la escuela y en su hogar, es decir, ¡dos veces por la misma travesura!, en franca violación al *non bis in idem*, susceptible de escandalizar a los entendidos del derecho penal. El castigo era, desde luego, un elemento de disuasión importante, pero, ni aún así, ciento por ciento efectivo.

Hoy la realidad es muy distinta. Los recursos disciplinarios se han restringido notoriamente, en forma inversamente proporcional a los excesos y desmanes de los jóvenes, tanto en cantidad como en gravedad<sup>76</sup>. Aunque

---

<sup>75</sup> Los colegios son centros de instrucción, colaboran en la educación pero no son, en modo alguno, una suerte de reformatorios o internados de seguridad.

<sup>76</sup> A fin de intentar concienciar a los alumnos sobre la prevención del delito, el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires anunció que destacará un policía en cada escuela provincial para el inicio del ciclo lectivo 2011. *Lucesole* (2011, enero 28). A lo largo de esa nota se reunieron numerosos testimonios entre los cuales se destaca uno de

afortunadamente algunos precedentes reconocen, al menos en el ámbito privado, la facultad del establecimiento de no rematricular a un alumno indisciplinado<sup>77</sup>, o de aplicarle una sanción, siempre que ésta guarde proporción con la falta cometida y se garantice la oportunidad de defensa del menor<sup>78</sup>.

Desde luego que no es el miedo al castigo la única -ni la más deseable- forma de intentar prevenir la ocurrencia de desórdenes. Eso es claro. Pero igual de claro es que sí es un factor de inhibición importante y que en tiempos pretéritos, con mayores controles, los exabruptos de los alumnos no alcanzaban la cantidad ni la magnitud de los que actualmente acontecen.

En ese orden de cosas, normas como el artículo 2.321 del Código Civil de Chile que establece que "los padres serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir", resultan acertadas<sup>79</sup>. En nuestro país, en similar sintonía, uno de los seis proyectos presentados antes de la reforma del artículo 1.117<sup>80</sup>, propuso la responsabilidad solidaria de los padres en los daños causados por los menores.

---

un padre que expresa que algunos alumnos, principalmente del secundario, concurren habitualmente a las escuelas portando armas.

En un apartado del mismo artículo se refiere que el gobierno británico anunció recientemente una reforma educativa que le dará más poderes a los maestros para disciplinar a los alumnos, incluida la facultad de palparlos en el aula e incautarles teléfonos celulares y material pornográfico. Se señala que pese a la oposición laborista, el proyecto fue anunciado el 27 de enero de 2011 como una mejora de los estándares de calidad de las escuelas y para erradicar el mal comportamiento en las aulas.

<sup>77</sup> CNCiv. Sala "K", 24/06/2011. "R. N. J. y otro c/ Fundación Mercedes Mallo Washington School s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ67510.

<sup>78</sup> STJ de Entre Ríos, 10/10/2011. "G.J.E.J. y otra c/ Instituto de Instrucción Primaria "Niño Jesús D-6" y otros s/ acción de amparo", *elDial.com*, AA7094.

<sup>79</sup> En tiempo reciente los medios periodísticos han informado sobre situaciones donde los propios padres, junto a sus hijos, se han acercado a las instituciones educativas a agredir verbal y físicamente a docentes. ¿Qué conducta puede esperarse de esos chicos luego de esos eventos? ¿Qué límites puede razonablemente imponer el colegio a esos menores en el futuro? ¿Qué tan justo podría ser que esos padres se eximieran por las inconductas de esos hijos?

<sup>80</sup> Nos referimos al proyecto presentado por la diputada González y otros, descrito en el Capítulo III, 2, C, de este trabajo.

#### **D) ¿Qué hacer entonces?**

Los niños o jóvenes indisciplinados, también son recibidos en los establecimientos educativos y deben participar de las actividades. Pretender lo contrario, sólo conduciría a agravar aún más la deficiente socialización del vástago rebelde. Por ello, es lógico que los maestros o profesores, cuando conocen estas circunstancias, deban estar más atentos al desempeño de estos chicos, pero ello no autoriza a exigir que controlen cada posible movimiento que pudieran realizar este tipo de colegiales.

Desde luego, será previsible que un alumno con mala conducta pueda realizar alguna mala jugada a algún compañero, pero de ahí a sostener que siempre será posible prevenirlo o evitarlo, hay un largo trecho. Afirmar esto último implica desconocer, en forma absoluta, la dinámica de la enseñanza de menores de edad y la posibilidad de prever y limitar sus conductas.

En este estado de análisis, bien vale recordar que el colegio tiene como misión esencial la instrucción del alumno, pero que su educación y formación como persona es complementaria a la que corresponde, en primer lugar, a los progenitores. La mala conducta, la mala educación, ni comienza ni termina en el colegio. En ese orden de cosas, los padres debemos retomar el rol principal - y la consecuente responsabilidad- que nos corresponde en la educación de nuestros hijos que, lamentablemente, muchas veces pareciera pretender delegarse en terceros.

Al respecto, es oportuno considerar lo expuesto por Novellino, quien trae a colación un fallo de la Sala H de la Cámara Civil de la Capital Federal, en el cual se dijo que mientras el menor se encuentra en el colegio (ampliamos: mientras se encuentre en ocasión de una actividad escolar<sup>81</sup>), por haberse desplazado circunstancialmente la guarda material del hijo que ejercen los

---

<sup>81</sup> La misma Sala "H", 18/12/2007, con voto en primer término del Dr. Kiper, en los autos "Canelo, Julia del Carmen y otro c/ Vázquez, Gonzalo Gastón y otros s/ ds. ps." (Rec. N° 454.853), ver Anexo 3, dijo que el ámbito escolar debe ser entendido en sentido amplio, comprendiendo todas las actividades organizadas y controladas por la autoridad educativa y aquellas conexas con la enseñanza

padres, la vigilancia y su cuidado están a cargo del establecimiento educacional, por medio de sus autoridades, especialmente el maestro de grado; por lo que si se producen daños, hay que pensar en la ausencia o deficiencia en la vigilancia, justamente en un lugar donde los padres remiten a sus hijos para que se los vigile y controle<sup>82</sup>. (1998, pp.54-55)

A continuación de la cita anotada, el autor señala que se puede afirmar que no hay delegación de responsabilidad paterna, sino un simple desplazamiento momentáneo de ella que responde a circunstancias de tiempo y de lugar a tal punto que –no pudiendo acreditarse la llamada vigilancia activa de los padres- puede concurrir la culpa del propietario del instituto educacional y la de los progenitores del alumno (p.55). Es claro entonces, que la obligación de ejercer una vigilancia activa que se encuentra contenida en el deber de educar, no se esfuma por el hecho de dejar a los hijos menores al cuidado de otras personas.

La vigilancia activa que nos impone el orden legal (y también el social y el moral), importa asumir conductas positivas tendientes a que nuestros hijos incorporen –en la medida de su desarrollo- las pautas de comportamiento adecuadas para evitar perjuicios a sí mismos y a sus semejantes y, en defecto de éstas, los frenos inhibitorios correspondientes. Sea que éstos consistan en retos, penitencias o, incluso, en los hoy tan controvertidos castigos físicos, los progenitores contamos con diversos medios para intentar encausar las conductas de nuestros menores dentro de parámetros mínimos de convivencia, cuando los medios deseados se presentan como insuficientes.

Tal como nos recuerda Belluscio,

La evolución del derecho paterno de corrección parte del *ius vitae et necis* del antiguo derecho romano, morigerado durante su evolución. Las Partidas determinaban que “*el castigamiento debe ser con mesura e con piedad*” y que el padre debía “*castigar a su hijo moderadamente*” (Partida 4<sup>a</sup>, tit. 18, ley 18; Partida 7<sup>a</sup>, tit. 8, ley 9). (1996, p.304)

---

<sup>82</sup> CNCiv. Sala “H”, 07/09/1994. “Stoppani de Reevesm, Haydée c/ MCBA s/ ds. ps.”, ED 166, p.73. En el caso se trataba de los daños derivados de un banco en mal estado.

En ese sentido, enseñaba Zannoni que,

En el elenco de derechos-deberes que integran la patria potestad, ocupa un lugar predominante el poder de corrección que es una manifestación inequívoca de la autoridad de los padres. Este poder de corrección, se ejerce de muchos modos: además del consejo, el diálogo, la reflexión en común, los padres deben permanentemente advertir y amonestar a sus hijos por su conducta. Reprenderlos suele constituir la forma de sancionarlos, y, en ocasiones, se llega a los castigos físicos. Estos últimos son tolerados por el ordenamiento jurídico siempre y cuando no configuren un abuso o sean excesivos, pudiendo en estos casos llegar a configurar un delito penal. (1993, p.714)<sup>83</sup>

El artículo 278 del Código Civil, otorga a los padres la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. Aclara la norma, que el poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Como señala Borda, es un atributo esencial para la autoridad paterna, que debe ejercerse con el cuidado y la delicadeza necesarios para que su acción, aun imponiendo penitencias, aparezca siempre revestida de un sello paternal inconfundible. (2008, p.156)

Nos parece oportuno señalar que el amor, cariño, comprensión y demás virtudes con que deben ejercerse las correcciones paternas, no implican incurrir en una excesiva permisividad que derive en la irresponsabilidad o libertinaje del menor que, al no advertir un límite a sus acciones, gana coraje para intentar cada día una travesura mayor, muchas veces, en la propia búsqueda de los límites que no llegan.

Si con lo expuesto sobre el punto podemos observar las dificultades con que se encuentran los padres para poner coto a las faltas de conducta de sus hijos, tanto más limitados están los centros educativos, quienes cuentan con

---

<sup>83</sup> En contra de todo tipo de castigo físico se pronuncia Grosman (1980, p. 899). Esta postura ha sido receptada en el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, de la Comisión creada por Decreto 191/2011.

menos recursos y, justo es reconocerlo, muchas veces con la falta de colaboración de los mismos progenitores.

Es por ello que consideramos que la responsabilidad de los padres no cesa absolutamente, por el mero hecho de encargar a sus hijos menores al cuidado del establecimiento educativo. La vigilancia activa que la ley les impone, extiende la responsabilidad por los daños que los hijos menores pudieran provocar, aun cuando estén fuera de su presencia; cuando éstos deriven de problemas de conducta de base que no son adecuadamente encaminados. Ello, desde luego, sin perjuicio de la concurrencia con el titular del establecimiento o la persona a cargo.

## **5) El causante del daño (mayor)**

Desde el 31 de diciembre de 2009, en nuestro país la mayoría de edad se adquiere a los 18 años<sup>84</sup>. Siguen siendo menores impúberes aquellos menores a los catorce años y pasan a ser menores púberes aquellos entre los catorce y los dieciocho años<sup>85</sup>.

Tal como advierte Saux,

La norma alineó el núcleo de la modificación operada al texto del Código Civil con una serie de estatutos normativos internacionales, constitucionales o supraleales (Convención sobre los Derechos del Niño), nacionales (ley nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; ley nº 24.193 de Trasplantes de Órganos y Tejidos Humanos) de derecho comparado (en América: Brasil, Uruguay, Paraguay, Perú, Bolivia, Colombia, Méjico, EEUU, Canadá, entre otros; en Europa: Francia, Italia, España, Alemania, Reino Unido, Rusia, entre otros), doctrinarios (algunos de los cuales llegaron a proponer la declaración de inconstitucionalidad del artículo 126 del Código Civil) e incluso con numerosos antecedentes parlamentarios previos, que no llegaron a sancionarse, enmarcados en tal dirección. (2010, pp.1-2)

El artículo 5º de la ley nº 26.579, establece que toda disposición legal que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría de edad debe

---

<sup>84</sup> Ley nº 26.579, BO del 22/12/2009, p. 1.

<sup>85</sup> Artículo 127 del Código Civil.

entenderse hasta los dieciocho años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extienden hasta los veintiún años, salvo que las leyes vigentes establezcan una edad distinta.

La letra es clara, por lo cual, la responsabilidad objetiva prevista por el artículo 1.117 del Código Civil pareciera carecer de efectos cuando los daños son provocados o sufridos por alumnos que hayan cumplido los dieciocho años.

Sin embargo, debemos prestar especial atención a algunos supuestos que pueden presentarse y generar confusión.

En primer lugar, es oportuno recordar que, no obstante la última modificación de la edad con la cual se obtiene la mayoría,

(...) seguirá interpretándose que la responsabilidad por el hecho ajeno que consagra el artículo 1.114 del Código Civil, que compromete a los padres por los hechos ilícitos que le son imputables a sus hijos y que fueron cometidos durante su minoridad, sin que la alternativa de que éstos alcancen la mayoría de edad durante la sustanciación del proceso donde se debata la responsabilidad tenga ninguna relevancia para consagrar la liberación de aquéllos respecto de una obligación reparatoria que había nacido desde el momento de la configuración del hecho dañoso. (Sirkin, 2009)

También, es muy probable que los conflictos de interpretación se generen con los perjuicios sufridos o generados por los alumnos asistentes al quinto año, pues son éstos quienes durante su curso adquieren la mayoría de edad. Al menos debería ser así en el orden previsto, sin perjuicio de que los haya en años inferiores como consecuencia de haber repetido más de una vez el curso. ¿Qué sucedería entonces si un alumno mayor de edad causa o sufre un perjuicio en ocasión de una actividad escolar?

Pues bien, habrá que distinguir en primer lugar, si el damnificado es otro alumno y, en su caso, si es menor o no.

Si el lesionado fuera un alumno menor de edad, la responsabilidad del colegio -en los términos del artículo 1.117 del Código Civil- se presentaría, *prima facie* indudable. Lo mismo sucedería si el alumno causante del daño lo fuera, aunque el dañado fuera mayor.

Pero no sucede lo mismo si ambos alumnos (dañador y dañado) fueren mayores de edad.

De atenernos a la letra de la ley, en estos casos los titulares de establecimientos educativos sólo responderán si se acredita su culpa o la de sus dependientes por la violación de alguno de los deberes a su cargo, pero no pesará sobre ellos la responsabilidad agravada legalmente prevista. Una vez acreditado que el daño lo sufrió un alumno mayor de edad y que el dañador también lo es, el análisis de la cuestión se aparta de la construcción protectoria de los alumnos menores que inspiró la reforma.

Este supuesto, repetimos, podría darse con mayor frecuencia a partir de la reforma del artículo 126 del Código Civil, vigente desde comienzos del 2010. Más allá de nuestra opinión personal sobre el régimen jurídico vigente, no parece que hubiera sido esa la intención al reformar el artículo 1.117 doce años atrás.

De hecho, la nueva edad fijada para adquirir la mayoría, podría implicar que los alumnos, al cumplirla, sean llamados a ratificar el contrato educativo que sus padres oportunamente convinieron a su favor. Algunos, incluso, plantean que ello podría ocurrir antes de adquirir la mayoría de edad, si el menor contara con capacidad de juicio suficiente<sup>86</sup>.

En estos casos, corresponde entonces determinar cuál será la norma o normas aplicables.

---

<sup>86</sup> Para profundizar este aspecto, ver Martínez, I. y Castillo, E. (2002).

Es claro que el dañador deberá responder en los términos del artículo 1.109 del Código Civil a menos, claro está, que logre acreditar alguna de las causales de exoneración legalmente previstas.

De inmediato, nos preguntamos si no corresponde responsabilizar también al propietario del establecimiento educativo o al director o al docente a cargo, en los términos del artículo del 1.113 Código Civil, primer párrafo, que extiende la obligación del que ha causado un daño, a los que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. Es claro que éstos no son principales del alumno ni éstos son sus dependientes, ni cosas de las que se sirva; pero sí son personas que tiene a su cuidado.

Entonces, no cabe duda de que en estos supuestos, los legitimados pasivos serán: el alumno mayor dañador y el propietario del establecimiento educativo y/o sus dependientes (directores, profesores, preceptores, etc.), en la medida que sus actos u omisiones guarden adecuado nexo causal con el hecho dañoso, debiendo probar el reclamante la culpa personal de los demandados.

Un análisis más riguroso, podría llegar a efectuarse respecto del titular del centro educativo por la violación del deber de seguridad a su cargo, aunque sin llegar a la implacabilidad de la responsabilidad prevista en el artículo 1.117. Además, en todos los casos, podrán los demandados eximirse total o parcialmente si acreditan, *onus probandi* a su cargo, el hecho de la víctima, el de un tercero por el cual no deban responder o el caso fortuito.

## **6) La compañía aseguradora**

### **A) Generalidades**

A poco de sancionada la reforma introducida por ley 24.830, Kemelmajer de Carlucci (1998) señalaba que, probablemente, lo realmente efectivo sería consagrar un sistema semejante al de la ley alemana del 18/3/1971. Allí, “el

centro educativo que está asegurado no es sujeto obligado; sólo responde en caso de culpa o dolo del titular del centro docente, pero en el típico accidente derivado del riesgo de la empresa educativa, el único deudor es la aseguradora” (p.1.069). En idéntico sentido, Pagés Lloveras (2010) señala que -en materia de accidentes de tránsito- sería importante su implementación legislativa, para poder reclamar directamente a las aseguradoras la indemnización por daños personales en casos de muerte o lesiones, tal como se ha implementado, por ejemplo, en la Unión Europea o en Perú<sup>87</sup>. En nuestro país, la posibilidad se encontraba prevista en el Proyecto de Reforma al Código Civil (1998), Decreto 685/95<sup>88</sup>.

Ventajas como las que presentan los sistemas referidos por sobre el argentino, al no tener que debatirse judicialmente en aquellos la responsabilidad del asegurado, también pueden verse en la solución adoptada en Nueva Zelanda. Allí, como vimos en el Capítulo IV, punto 4, si un accidente ocurre, se lo denuncia ante la ACC (*Accident Compensation Corporation*)<sup>89</sup>,

---

<sup>87</sup> Allí, señala que en Perú el seguro obligatorio de accidentes de tránsito se caracteriza por ser un seguro obligatorio donde el pago de la indemnización a cargo de la aseguradora es “inmediato”, sin investigación ni pronunciamiento previo de autoridad alguna, lo que lo distingue sustancialmente de los seguros de responsabilidad civil.-

<sup>88</sup> Que, en la Sección de Legislación Complementaria establece en su artículo 11: “...Sustitúyese el artículo 118 de la ley N° 17.418 por el siguiente:

“Artículo 118.- Acción directa del asegurado. En los seguros por responsabilidad civil el damnificado tiene acción directa contra el asegurador. Son competentes los tribunales del lugar del hecho o del domicilio del asegurador.

Época del pago. El artículo 49 se aplica a los seguros por responsabilidad civil. Si el asegurador no pone la indemnización a disposición del damnificado en las oportunidades allí establecidas, queda obligado a pagarle intereses resarcitorios calculados al doble de su tasa, sin perjuicio de sus otras responsabilidades.

Citación de terceros. En el plazo para la contestación de la demanda, pueden ser citados como terceros coadyuvantes, el responsable civil por el asegurador, y el asegurador por el asegurado.

Cosa juzgada. La sentencia será ejecutable contra el asegurador en la medida del seguro. En el juicio, o en la ejecución de la sentencia, el asegurador no podrá oponer contra el damnificado las defensas nacidas después del siniestro, sin perjuicio de su acción de regreso contra el asegurado.

Privilegio del damnificado. El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de éste, aun en caso de quiebra

o liquidación...”<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/bibliotecadigital.html>.

<sup>89</sup> <http://www.acc.co.nz/making-a-claim/what-support-can-i-get/ECI0027>.

que es un seguro de accidentes estatal, quien se hace cargo de los costos de las consecuencias de la lesión sufrida.

En los sistemas en que el seguro es impuesto en forma obligatoria (para los daños derivados de accidentes de tránsito) y en los cuales la responsabilidad es objetiva con sustento primordial en la indemnidad de la persona y la socialización del daño, se han incorporado como contrapeso mecanismos que de algún modo limitan su alcance. Por ejemplo, obligando al pago inmediato y sin discusión de culpa de los gastos médicos necesarios (EEUU) o sumas fijas tarifadas (Perú), pudiendo repetirlos luego del responsable o su aseguradora; cobertura médica absoluta, y límites por persona y por evento respecto de las sumas a abonar (Bolivia), tarifación de los daños materiales y personales (Unión Europea), publicación de baremos referenciales a fin de verificar si la oferta que realizó la aseguradora (la formulación de una oferta es "obligatoria", bajo pena de aplicar una tasa de interés del doble legal) fue suficiente y oportuna, previendo sanciones para la víctima que no la haya aceptado intentando luego una aventura judicial para enriquecerse indebidamente (Francia), limitación a los daños y lesiones a las personas (Japón)<sup>90</sup>.

Pero ello no es lo que ocurre en nuestro país. Aquí, lo usual es que la compañía citada en garantía responda recién luego de dictada y firme una sentencia que así la obligue, varios años después del hecho. A menos, claro está, que decida pagar en forma voluntaria, pues al no haber acción directa contra ella, sólo puede ser obligada mediante pronunciamiento judicial que establezca la responsabilidad del asegurado<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> Un desarrollo más extenso de los ejemplos reseñados, puede verse en Veloz Rúa (2006).

<sup>91</sup> Un interesante análisis sobre la situación actual de la cuestión y su perspectiva de reforma puede verse en Juzg. Civ. y Com. de La Plata n° 12, 06/08/2009. "Fernández, Ricardo Rubén c/ Tonetto, Hugo Ariel y otro s/ ds. ps.", *LL* (online), AR/JUR/61913/2009. Allí se decidió que, en el estado actual de la legislación y su interpretación doctrinaria y jurisprudencialmente mayoritarias, si se desiste de la acción contra los responsables -tomadores del seguro-, cae la acción contra la compañía aseguradora que fuera citada en garantía.

De esa forma, algunas compañías se dedican a especular con el dinero con el dinero con el cual deberían resarcir a las víctimas. Mientras tanto, les ofrecen sumas irrisorias en instancias prejudiciales y/o dilatan luego los procesos en todo aquello que está a su alcance (negando que el día es día y la noche es noche, si ello les conviniese) a fin de agotar paciencia y recursos de sus adversarios de modo de compelerlos a un acuerdo en el que a éstos nos les queda más remedio que conformarse con lo poco ofrecido<sup>92</sup>.

Sin perjuicio de lo señalado, en la actualidad, y en algunos supuestos particulares, hay voces que afirman que es procedente la acción directa. En ese sentido, existen posturas que, en el marco del contrato de seguro por accidentes de tránsito, sostienen que el pago por los conceptos gastos de sanatorio y velatorio conforma una obligación legal autónoma y que, por ello, su pago debe ser inmediato<sup>93</sup>.

En el estado actual de cosas, es de utilidad recordar la conveniencia que representa para muchas compañías el esperar un posible juicio (que puede llegar o no), plagado de vicisitudes, con resultados inciertos y, además, especulando con la necesidad que puedan tener los damnificados en contar

---

<sup>92</sup> No desconocemos que también están quienes frente a un daño magnifican sideral e injustificadamente su reclamo, tornando imposible cualquier oferta seria; como así tampoco, la existencia de algunas personas (nos cuesta llamarla abogados) que forjan parodias de accidentes a fin de intentar enriquecerse ilícitamente a costa de las deficiencias del sistema. A ellos ya les hemos dedicado algunas líneas en "Pluspetición inexcusable", LL del 01/06/2007, pp.1-4 y "Beneficio de litigar sin gastos: Carga y control de la prueba - Abuso - Sanción", Doctrina Judicial del 02/08/2005, pp.978-982.

<sup>93</sup> Pagés Lloveras (2010), señala que si queremos reclamar exclusivamente por la Obligación Legal Autónoma (gastos de sanatorio y velatorio hasta \$3.000) estamos convencidos de que la víctima tiene la posibilidad de demandar exclusivamente al asegurador por el pago de dicha indemnización. Sin perjuicio de ello, consideramos que la finalidad de la norma es que no exista la necesidad de un reclamo judicial, al haberse establecido que: "...Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego..."; ello la equipara a los seguros obligatorios no-fault (sin culpa), establecidos en la mayoría de los Estado de U.S.A., y a los seguros obligatorios de accidentes personales previsto en las legislaciones de Perú y Chile. Funda su posición -posibilidad de accionar directamente contra las aseguradoras para el pago de la "obligación legal autónoma"- en lo sostenido por importantes doctrinarios de nuestro País (Stiglitz), como en la recepción jurisprudencial que la misma ha tenido tanto en la Provincia de San Juan y en la Provincia de Tucumán.

con algo de dinero; como así también con las sumas que se reservan para responder frente a una eventual condena<sup>94</sup>.

No queremos significar con ello que el mercado asegurador no deba resultar redituable. Todo lo contrario, un sistema de seguros fuertemente capitalizado podrá estar en mejores condiciones para hacer frente a las erogaciones debidas. Pero, para que ello se logre, las reglas deben ser claras, permitiendo a las empresas hacer los cálculos de rentabilidad y previsibilidad adecuados.

## **B) Franquicia**

En ese orden de cosas, también las decisiones judiciales que declaran inoponibles a las víctimas las cláusulas que establecen causales para limitar la obligación de la aseguradora<sup>95</sup> o de exonerarla<sup>96</sup>, generan un desequilibrio en la relación contractual y, a la vez, encarece cada vez más el seguro pues, a tenor de lo expuesto, las compañías deberán responder prácticamente en todos los casos, aún fuera de los pactados con sus clientes.

En cuanto a la franquicia, se ha dicho que teniendo en cuenta que las condenas alcanzan a las compañías en los términos del contrato de seguro, y

---

<sup>94</sup> Estos últimos aspectos son parte de lo que se intentó revertir mediante el plenario dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ ds. ps." del 20/12/2009, LL 2009-C-99.

<sup>95</sup> Vgr. CNCiv. en pleno, 13/12/2006. "Obarrio, María P. c/ Microómnibus Norte S.A. y otro s/ ds. ps." y "Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ ds. y ps.", LL 2007-A-168, que declararon inoponibles a las víctimas las franquicias obligatorias del transporte automotor, ambos posteriormente revocados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/10/2009. En otro precedente, "Ortega, Diego Nicolás c/ Transporte Metropolitano General Roca S.A. s/ ds. ps." del, LL (online) AR/JUR/36835/2009, el Máximo Tribunal declaró nula por irrazonable la franquicia pactada entre una empresa de transporte ferroviario y su aseguradora.

<sup>96</sup> Son numerosos los fallos en que, aun frente a las cláusulas que específicamente prevén la exclusión de cobertura (vgr. por falta de pago de la prima, por alterar el uso del bien asegurado, por la conducta dolosa o de culpa grave del asegurado, entre otros), se ha condenado a la compañía a resarcir los daños sufridos por las víctimas.

que este tipo de cláusulas son oponibles a la víctima, corresponde que se aclare que la condena es con ese alcance<sup>97</sup>.

El alcance de las franquicias en los contratos de seguro, es una cuestión que ha generado un encendido debate en los últimos años en el ámbito de la Capital Federal. La controversia se originó, primero, mediante el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que las declaró inoponibles a las víctimas en los casos de accidentes de tránsito<sup>98</sup>. En reiterados fallos posteriores, entre los que se encontraron los dictados en los mismos autos que motivaran los plenarios referidos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró oponibles las limitaciones de cobertura legalmente impuestas.

En principio, pareciera que la validez de cláusulas de esta naturaleza no pareciera concordar con la actual tendencia en materia de daños. Tanto menos, en el caso que aquí estudiamos, con el espíritu de la reforma introducida al artículo 1.117 del Código Civil, mediante la cual se buscó – precisamente- asegurar mediante una responsabilidad objetiva y un seguro obligatorio, que no hubiera fisuras al momento en que la compañía deba responder.

Pero por otra parte, este tipo de limitaciones, mediante las cuales el responsable y/o quien lleve adelante la actividad tengan que desembolsar una parte de la indemnización; puede servir para que ellos también arbitren los medios necesarios para prevenir los daños. De lo contrario, podríamos llegar a encontrarnos con posturas que, con liviandad y desaprensión, lleven adelante la actividad ahorrando en costos de inversión, prevención, capacitación o seguridad pues, de todos modos, será la empresa aseguradora quien deberá pagar.

---

<sup>97</sup> CNCiv. Sala "H", 18/12/2007. "Canelo, Julia del Carmen y otro c/ Vázquez, Gonzalo Gastón y otros s/ ds. ps.", Rec. N°: 454.853, inédito, ver Anexo 3.

<sup>98</sup> CNCiv. en pleno, "Obarrio, María P. c/ Microómnibus Norte S.A. y otro s/ ds. ps." y "Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ ds. y ps.", del 13/12/2006, LL 2007-A-168.

No es lo usual que ello suceda pero, a fin de evitar las tentaciones, las franquicias, en montos o proporciones razonables, pueden presentarse como un instrumento útil más para fomentar la prevención de los daños.

### **C) El seguro obligatorio para el Estado**

El seguro obligatorio ha sido presentado como el adecuado contrapeso a la rigurosa responsabilidad impuesta a los centros docentes. Sin embargo, ya casi nadie se sorprende (a excepción de alguna desprevenida víctima tal vez) cuando, en más de una oportunidad, al momento en que se necesita que la compañía aseguradora responda, ésta desapareció, entró en liquidación o cuenta con alguna cláusula del contrato que la exonera o limita su responsabilidad.

Tal como señala López,

(...) nos encontraremos con que el propietario del establecimiento educativo –sin protección del seguro que contrató- deberá afrontar un juicio de responsabilidad que, poco menos, puede ser considerado como una impiadosa “ordalía”, puesto que las posibilidades de defensas son muy acotadas para el titular, casi nulas, y seguramente éste deberá hacerse cargo de las indemnizaciones directamente de su peculio. (...) Ante tan gravoso régimen de responsabilidad que se hace soportar por el propietario y la consecuente exigencia de la contratación de un seguro, resulta imprescindible que el Estado constituya un fondo de garantía para asumir los eventuales incumplimientos de las compañías aseguradoras y de esa forma evitar que el propietario cargue sólo con las penalidades de la ley. (...) Así sucede, por ejemplo, en el derecho comunitario europeo respecto de los seguros por accidentes de tránsito, y en nuestro país se prevé en la ley de riesgos del trabajo nº 24.557, para los casos de insuficiencia patrimonial del empleador judicialmente declarada (Capítulo X, art. 33) o en caso de liquidación de una Aseguradora de Riesgos del Trabajo (Capítulo XI, art. 34). (2005, p.7)

Sin perjuicio de destacar la justicia de las palabras del autor citado precedentemente para con la difícil situación en que se ha colocado a los propietarios de establecimientos educativos, su propuesta nos lleva a la siguiente reflexión.

Si el Estado debe constituir un fondo subsidiario para cubrir los incumplimientos en que incurran las compañías aseguradoras, será éste el tercer concepto al que se apliquen partidas oficiales, pues ya se encuentra desembolsando sumas de dinero para prestar el servicio educativo y para abonar las primas de su propio seguro obligatorio. Si esto fuera así, el Estado se convertiría en asegurador de su propia aseguradora; con lo cual, se refuerza la postura que, como ya vimos, sostiene que el Estado no debería estar obligado a contratar un seguro<sup>99</sup>.

Pero por otra parte, en los supuestos de colegios privados, sin este fondo de resguardo es muy probable que, frente a la liquidación de la empresa aseguradora, la víctima sea sólo parcialmente resarcida o que no lo sea en absoluto. En muchos de estos casos, el centro educativo podrá ver seriamente comprometida su actividad o, incluso, tal vez deba finalizarla.

Nos parece entonces, que la solución propuesta no remedia en forma eficiente las falencias del sistema vigente. Si el Estado terminará -de una forma u otra- haciéndose cargo de las indemnizaciones, mejor y menos oneroso sería entonces, que responda en forma directa y sin duplicación o triplicación de costos.

Es importante tener en consideración también, que en su mayoría, el sistema educativo es de gestión pública<sup>100</sup> y que, en muchos casos, también aporta subsidios a establecimientos de gestión privada.

---

<sup>99</sup> Desde luego anticipamos que ello no importa liberarlo sin otra regulación. A tal fin, deberá establecerse un mecanismo que asegure que frente a un reclamo por un hecho acreditado o frente a una condena, se cuente con fondos disponibles para ser liberados sin tener que sortear los extensos y burocráticos trámites del presupuesto estatal.

<sup>100</sup> Así lo informa el Ministerio de Educación de la Nación (2009), que en su relevamiento anual para Primaria, se refiere a 23.138 unidades de servicio incluyendo sedes y anexos (19.435 del sector de gestión estatal y 3.703 de gestión privada) con un total de 4.643.430 alumnos matriculados. En el efectuado para Secundaria, se refiere a 15.902 unidades de servicio incluyendo sedes y anexos (11.295 del sector de gestión estatal y 4.607 de gestión privada) con un total de 3.619.231 alumnos matriculados incluyendo los de ciclo básico y ciclo orientado. Recuperado de <http://portal.educacion.gov.ar/mapa/>.

## 7) El tercero organizador

Ocurre con frecuencia, que los eventos deportivo-recreativos no se desarrollan únicamente en el ámbito de la actividad curricular denominada “clase”, sino que los alumnos y/o equipos representativos de los colegios participan en actividades conjuntas con otros establecimientos a las cuales se les suele denominar encuentros, competencias o torneos<sup>101</sup>.

En esas oportunidades, uno de los centros educativos suele hacer las veces de anfitrión en un espacio propio o en el que usualmente renta para el desarrollo de sus actividades. A esos encuentros asisten alumnos de dos o más colegios para competir entre sí en el marco de la actividad que usualmente programó y organizó el anfitrión.

¿Quién debería responder entonces, en caso de que alguno de los participantes resulte lesionado?

Cuando el organizador del evento o justa deportiva sea un establecimiento educativo, éste deberá responder *-prima facie-* en los términos del artículo 1.117 del Código Civil por el daño que sufran sus alumnos menores, o el que éstos provoquen a los otros menores asistentes. Pero también los colegios que participan de esa actividad responderán en idénticos términos, por los que sufran o provoquen sus alumnos menores. En ese aspecto, el menor dañado podría reclamar tanto al colegio organizador en su carácter de tal *-por vía extracontractual-*, como a aquél al que concurre, si éstos fueran distintos.

Si el dañado fuera un alumno mayor de edad del establecimiento organizador que fue lesionado por un alumno de otro establecimiento, no podría reclamar a su colegio en los términos del artículo 1.117, pero sí podría

---

<sup>101</sup> Por nuestra parte sostenemos lo adecuado de denominarlos encuentros en lugar de torneos, competencias o campeonatos, pues el término que preferimos representa mejor el espíritu que debe reinar en estos eventos, a la vez que *-aunque más no sea figurativamente-* resta carga de exitismo.

hacerlo respecto del establecimiento al que concurre el dañador, siempre que éste fuera menor de dieciocho años. Por el contrario, si el dañador fuera mayor de edad, el colegio al que éste concurre no podría ser demandado en los términos del artículo 1.117 del Código Civil<sup>102</sup>.

En cuanto a las demás personas que usualmente participan de las actividades (profesores, celadores, acompañantes), éstos podrán reclamar en virtud de las leyes laborales o civiles, según sea su opción, si es que sufrieran algún daño durante su desarrollo.

¿Pero que sucede cuando el organizador del evento no es un establecimiento educativo?

Se ha dicho, en el voto mayoritario en un conocido fallo, citando a Brebbia (1962, pp.47-48), que

(...) el organizador o empresario no responde en principio indirectamente por los daños que son consecuencia normal y corriente de la práctica del deporte, ocasionados por los deportistas con los que se encuentra vinculado contractualmente, a otros deportistas, durante la competición. Si no hay responsabilidad personal del deportista que produjo el daño, no puede haber tampoco responsabilidad refleja del empresario. Asimismo, que no puede asimilarse la responsabilidad de la entidad organizadora o patrocinante de un torneo a la del propietario del establecimiento educativo<sup>103</sup>.

Para el voto minoritario de ese mismo precedente, en cambio, "(...) el patrocinador que organiza el evento deportivo con el fin de aumentar sus ventas, pone a disposición médico y ambulancia y contrata un seguro de responsabilidad civil por posibles daños y perjuicios, garantiza también la indemnidad de los alumnos participantes del torneo"<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Ver sobre el tema, lo expuesto en el subpunto dedicado en este trabajo a los "Legitimados pasivos-El causante del daño (mayor)".

<sup>103</sup> CNCiv. Sala "E", 20/05/2003. "Tissera, Eduardo y otros c/ Colegio San Andrés y otros s/ ds. ps.", LL del 22/10/2003, p.8.

<sup>104</sup> Voto del Dr. Dupuis en CNCiv. Sala "E", 20/05/2003. "Tissera, Eduardo y otros c/ Colegio San Andrés y otros s/ ds. ps.", LL del 22/10/2003, pp.8-9.

Por nuestra parte, coincidimos con el voto mayoritario en cuanto sostiene que el organizador y/o patrocinador no garantiza el deber de indemnidad de los participantes. Sí debe asumir los recaudos necesarios para que la práctica se desarrolle en condiciones normales de seguridad. También es razonable exigirle prever los medios para la atención de posibles accidentes y la contratación de un seguro. Pero de allí a responsabilizarlo objetivamente por los daños derivados del juego hay un largo trecho.

Además, y sin perjuicio de enfatizar nuestra disconformidad con el sistema vigente, que establece sin salvedades que la responsabilidad objetiva por la actividad educativa engloba a los daños derivados de accidentes deportivos; no podemos sino coincidir con que es el colegio el primer obligado a velar por la integridad de los alumnos a su cargo. Por eso, llegado el caso, es el establecimiento (a través del personal a cargo) quien deberá decidir -en cualquier momento- si cabe retirar a sus pupilos si considerase que la participación en determinada actividad y dadas ciertas condiciones no reúne los recaudos adecuados de seguridad para que sus alumnos participen en ella sin mayores riesgos que los inherentes a la disciplina de que se trate.

Es claro que, respecto de los participantes en la actividad, el vínculo con este tercero patrocinador o auspiciante, es extracontractual. Por ello, el análisis que deber realizarse en torno al deber de seguridad que pueda llegar a exigírsele al organizador, deberá ser de tinte subjetivo. Sea que los daños provengan de situaciones en que hayan intervenido cosas por él suministradas (vgr. productos, *stands*, las propias instalaciones, etc.) o de las personas a su cargo (ej.: promotores, personal de vigilancia, maestranza, u otros).

Entonces, si -por ejemplo- en el marco de una actividad deportiva los alumnos menores participantes se distraen hacia otras zonas del predio (vgr. juegos) sin control de los docentes y sufren algún daño, el propietario del lugar sólo responderá extracontractualmente -en los términos del art. 1.113 del

Código Civil-, si el perjuicio es consecuencia del riesgo o vicio de las cosas utilizadas o del hecho de algún dependiente suyo<sup>105</sup>.

Es evidente entonces que el régimen legal en uno y otro caso es diferente. También, que no cabe asimilar la responsabilidad en pos de un mayor abanico de posibles responsables pues, a todas luces, las potenciales contingencias del deporte que puedan derivar en un daño no caben –por más empeño que algunos pongan para así intentarlo- dentro del riesgo provecho de la empresa patrocinadora.

---

<sup>105</sup> CNCiv. Sala "D", 03/04/2008. "Buratti, Esteban Ricardo c/ Asociación Católica Irlandesa Colegio Sta. Brígida y otro s/ ds. ps.", LL (online) AR/JUR/3508/2008.

## CAPÍTULO VI

### LA LIBERACIÓN DEL DEUDOR

#### **1) La causal de exoneración**

En cuanto a la posibilidad con que cuentan los propietarios de establecimientos educativos de liberarse del deber de responder, el artículo 1.117 sólo se refiere al caso fortuito.

La doctrina ha estudiado la posibilidad de alegar alguna de las demás eximentes que excluirían la causalidad o concurrirían a la producción del resultado. A continuación, reseñaremos algunas de las opiniones sobre el punto, a fin de contar con los elementos que nos permitan evaluar con mayores fundamentos si la previsión legal admite o no una interpretación más extensa o flexible.

Matilde Zavala de González expresa que la ley sólo admite al *casus* como eximente, y que dada su excepcionalidad, la responsabilidad se presentará en casi todos los hechos producidos en los ámbitos educativos (si se dan los demás requisitos de aplicación de la norma) (1999 (1), p. 88). Por eso, entiende que todo hecho imprevisible, irresistible y extraño puede ser invocado como eximente, por lo cual tanto el hecho de la víctima, como el hecho de un tercero, en tanto reúnan estos requisitos, serán causales de irresponsabilidad. En esta línea de ideas, considera que puede ser invocada como eximente, por ejemplo, la explosión de una bomba colocada en un establecimiento y de la cual no se ha dado aviso a las autoridades (hecho de un tercero).

También Kemelmajer de Carlucci (1998) ha dicho que deben considerarse las particularidades del caso, a fin de poder determinar si el hecho de la víctima o de un tercero pueden ser invocadas por el propietario del establecimiento educativo a fin de eximirse de responsabilidad. En ese orden de cosas señalaba, al analizar la culpa de la víctima como eximente, que debe

distinguirse lo siguiente: si el daño es causado a un tercero, la causal sería invocable por el establecimiento, por estrictas razones de justicia, debiéndose equiparar la solución general de la responsabilidad del principal; en cambio, si el daño es sufrido por el menor, cree que el supuesto no presenta la misma claridad.

Si el alumno fuese menor de diez años, dice, no es invocable la eximente (pues no se podría invocar culpa de la víctima, ni la de los padres, al hallarse fuera de su ámbito de vigilancia). Pero si el menor fuera mayor de diez años, entiende que el tribunal debe realizar un análisis de la conducta del menor, en vinculación con su edad y circunstancias. Por eso cree que la expresión "caso fortuito", aun respecto de los daños sufridos por los alumnos, debe ser entendida en sentido amplio, comprensiva de todo hecho que se presente como imprevisible e inevitable, caracteres que puede, excepcionalmente, tener la conducta de la propia víctima; para la determinación de tales recaudos hay que atender a las circunstancias del caso, y especialmente, a la edad del menor. (p. 1.062)

Sin embargo, para Zavala de González, no constituyen causales eximentes otros hechos de terceros, como el maltrato a alumnos por terceros que ingresaron al patio de la escuela, el secuestro de un niño de una guardería por alguien que penetró en el establecimiento, los hechos de los docentes (corrupción o abuso sexual), los hechos dolosos de los alumnos o los desbordes dañosos por estudiantes en viaje de estudios. Aunque reconoce en estos últimos casos una concausalidad con los padres.

A nivel culpa de la víctima, no son eximentes para esta última autora, la creación o asunción de peligros especiales para alumnos de escasa edad (por carecer estos hechos de los requisitos de extraneidad del riesgo y de imprevisibilidad). En supuestos de víctimas mayores de diez años, manifiesta sus dudas, y ejemplifica con daños auto causados por el menor que sufre daños por ingesta de drogas llevadas al colegio o que se causa un daño a sí mismo o a terceros con un arma cargada. En estos casos se pronuncia por la

posibilidad de existencia de un caso fortuito, al menos a título de concausa con el hecho de la víctima o de los padres.

Dentro de esta misma causal, tampoco constituyen eximentes los accidentes ocurridos en el desenvolvimiento de actividades habituales de educación o de recreación (aunque manifiesta que son supuestos de dudosa justicia<sup>106</sup>), o los accidentes espontáneos sufridos por alumnos, por ejemplo los juegos durante el recreo. Aquí se pronuncia por realizar una interpretación extensiva de la causal “caso fortuito” o bien por la reforma lisa y llana del artículo 1.117. No podemos sino coincidir plenamente con esta apreciación.

Si el daño es causado a terceros, entiende que la culpa de la víctima, en tanto tuviere influencia causal, es llanamente aplicable como eximente. (1991 (1), pp.89-91)

En contra de una interpretación más flexible se ha expedido un tribunal cordobés que, con fundamentos que por claros y contundentes transcribimos a continuación, señaló que

(...) el sistema -art. 1.117 C.C.-, hasta tanto no sea reformado, se asienta sobre tales parámetros —responsabilidad objetiva agravada y seguro obligatorio— y no puede ser mitigado a través de una interpretación flexible de su eximente, criterio que, por otra parte, estaría reñido con los principios básicos que la rigen. En materia de responsabilidad objetiva no hay interpretación extensiva de sus eximentes. Se debe ser riguroso en la exigencia de los requisitos que deben concurrir para que un hecho exima de responsabilidad, más cuando ésta ha sido asignada por el legislador en forma objetiva, pues de lo contrario se correría el riesgo de ampliar de tal modo la eximente que se podría terminar no sólo desvirtuando la intención del legislador, sino incumpliendo el mandato legal.

(...)El caso fortuito como eximente de responsabilidad exige de parte del *solvens* un deber de previsibilidad que linda con la frontera de lo imposible (...). (...)que un alumno se lesione en la práctica de un deporte ordenado por el profesor, o se caiga sin que se sepa si fue solo o por alguien, en el recreo o culminado el mismo, haciendo o no actividad física, provocándole daños y

---

<sup>106</sup> Por nuestra parte, no hay espacio para la duda: es injusto. Si se quisiera reparar todo daño sufrido, el sistema debería ser otro, tal como proponemos en este trabajo.

lesiones, no es un hecho exterior, ni extraordinario, ni está fuera de lo común, ni fuera del ámbito de la empresa educativa; por el contrario, son acontecimientos normales que no liberan en la responsabilidad objetiva tal como está regulada por el art. 1.117 del Cód. Civil (...)<sup>107</sup>.

Luego de repasar los requisitos para que el caso fortuito sea, en general, invocable, Loizaga concluye que para el supuesto en estudio el *casus* siempre debe ser externo a la actividad desplegada por el establecimiento, y ejemplifica: la explosión de una caldera que provee calefacción no sería caso fortuito (aunque fuere imprevisible e inevitable), por ser interno; en cambio, la introducción clandestina de un artefacto explosivo durante un asalto a mano armada, no obstante las medidas de seguridad tomadas, constituye *casus*. "Las dos explosiones ocurrieron físicamente dentro del colegio, pero cada una de ellas obedeció a orígenes distintos, el primero interno y el segundo externo". (2000, pp.96/101)<sup>108</sup>.

Este autor también se pronuncia por la posibilidad de invocar el hecho de un tercero por quien no se debe responder sólo cuando el daño es causado por un alumno a una persona extraña al establecimiento (daño causado por un alumno), pero no lo sería cuando el que sufre el daño es un alumno (salvo que el hecho revista el carácter de caso fortuito). (p.110)

En un sector de la doctrina que analiza con mayor rigor esta cuestión, encontramos a Sagarna (1994 y 1997), quien señala que la única causal de exoneración es el caso fortuito y se excluyen a las causas ajenas: hecho de la víctima y hecho del tercero.

---

<sup>107</sup> CCiv.Com. 6ª Nominación de Córdoba, 25/06/2009. "D. C. c/ Provincia de Córdoba s/ ds. ps.", MJJ45553.

<sup>108</sup> No coincidimos con la apreciación expuesta en tanto el hecho, si bien generado por un factor interno como la caldera, bien puede deberse a un factor externo que la provoque como, por ejemplo, diferencias en la presión del gas suministrado por la prestataria del servicio. En cuanto al segundo ejemplo, aunque coincidimos, de los precedentes jurisprudenciales y doctrinales mayoritarios que hemos leído, asumimos que poco resultado podrá tener hoy en día ese planteo. De la información recolectada, pareciera que se les exige a los colegios ser más seguros que una prisión o la reserva federal.

En otro, un tanto más amplio, ubicamos a Hersalis, Magri y Talco, quienes al ponderar una sentencia que hizo co-responsables a los padres por los daños causados por un alumno a la salida del colegio -fundado en el defecto de vigilancia de los progenitores-, se pronuncian por la posibilidad de que el hecho del tercero constituya causal de exoneración del establecimiento educativo. (2005, p.914)

Con mayor laxitud para interpretarla, López entiende que al analizar la causal de eximición, la interpretación debe ser amplia y flexible, comprensiva de todo hecho que se presente como imprevisible e inevitable, caracteres que puede tener la conducta de la propia víctima, e incluso la culpa de un tercero ajeno al establecimiento. Considera vital atender a las circunstancias que rodea al caso, y por sobre todo la edad y características del menor involucrado. (2005, p.7)

Por el contrario, Márquez opina que existe una decisión legislativa ineludible, que marca que la única eximente es el caso fortuito. Señala que si el mandato hubiese sido incorporar el supuesto dentro del régimen general de la responsabilidad por riesgo, la norma del artículo 1.113 del Código Civil se entendiere también aplicable a las actividades riesgosas y enmarcáramos a la actividad educativa como riesgosa, no habría dudas que la culpa (o hecho de la víctima) o el hecho del tercero constituirían eximentes. Mas la norma crea un supuesto especial de responsabilidad, específico para las actividades educativas.

Por ello, afirma que

(...) si se entendiera que aún en ausencia de norma, el régimen general de la responsabilidad es de tipo objetivo, todas las eximentes causales servirían como defensa. Más aquí hay norma. La ley limitó las defensas, y, el texto, nos parece, no admite demasiadas interpretaciones. Si el hecho de la víctima o el hecho del tercero reúnen las características propias del caso fortuito, ya no deberemos utilizar aquellos conceptos para concluir en la eximición de responsabilidad, pues agregamos confusión conceptual a un tema axiológicamente difícil (...). (2006)

Efectuada esta somera reseña sobre las distintas posiciones adoptadas sobre el punto en nuestra doctrina, analizaremos a continuación la causal de exoneración legalmente prevista, y nos expediremos respecto de las restantes.

## **A) El caso fortuito**

### **a) ¿Caso fortuito o fuerza mayor?**

Comenzaremos el análisis de la causal prevista por la que es, sin duda, una de las posturas más restrictivas en cuanto a la posibilidad del propietario de eximirse de responsabilidad. En ese sentido, Gianfelici señala que "(...) ni el legislador, ni la doctrina, ni la jurisprudencia, se han hecho cargo, respecto de la nueva norma, de la diferencia conceptual y práctica entre "caso fortuito" y "caso de fuerza mayor" (...)". (1995, pp.100 y ss.)

Continúa diciendo, que la intención del legislador de 1997 fue la de instaurar un régimen de responsabilidad objetiva.

Tales regímenes, que ya conocieron los romanos, se caracterizan, justamente porque se responde aún del caso fortuito, sentido estricto. De ahí que la responsabilidad objetiva se conozca como "responsabilidad por caso fortuito". Mas como tal responsabilidad no podía ser ilimitada, los romanos bien pronto le encontraron un límite en la noción específica de "fuerza mayor". Así el concepto de "fuerza mayor" apareció como un límite de la responsabilidad especial por caso fortuito, como en el derecho romano eran la responsabilidad del naviero, el posadero, etcétera. (1999, pp.591-2)

Es así que, sostiene, debe comprenderse que caso fortuito y caso de fuerza mayor sean dos nociones distintas, con funciones distintas dentro del sistema. Por eso dice que por caso fortuito, en sentido estricto, debe entenderse al "resultado o consecuencia que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas pero que, no obstante ello, no ha podido preverse al ejecutarse el hecho". Mientras que el caso de fuerza mayor, "es el resultado o consecuencia que no acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, y que no ha sido tenido en miras al ejecutarse el hecho". (1995, p.78) De ello se sigue, que "mientras que el caso fortuito,

sentido estricto, excluye la relación de culpabilidad, el caso de fuerza mayor excluye la relación de causalidad externa o material". (1995, p.122)

En cuanto a las consecuencias prácticas de la diferenciación que expone, afirma (1999) que lo que sucede es que

(...) la doctrina predominante, o unánime, apegada a los dogmas, considera que "caso fortuito" y "fuerza mayor" expresan un concepto único, que excluye la relación de causalidad material. Por ello, seguramente, el legislador de 1997 ha creído que bastaba con referirse simplemente al "caso fortuito", cuando en rigor correspondía aludirse, específicamente, al "caso de fuerza mayor". Aprecia que de no interpretarse allí adecuadamente la expresión "caso fortuito", puede conducir a que se admita como eximente al caso fortuito, sentido estricto, el que excluye la relación de culpabilidad, con lo cual, se desvirtuaría el régimen de responsabilidad objetiva que se pretendió implementar, desembocando en el análisis de la culpa.

Y se pregunta entonces,

(...) ¿Cómo se eximirá el propietario del establecimiento acreditando el simple caso fortuito, cuando, este es, precisamente, el que se quiso poner en sus hombros? Para apreciar la desprolijidad conceptual y terminológica basta con que se tenga en cuenta que ya en el régimen anterior, de base subjetiva, el caso fortuito era liberatorio, según antes dijimos. Como asimismo que en materia de responsabilidad contractual, que también es por regla subjetiva, la eximente es igualmente el caso fortuito (conf. art. 513, Cód. Civil) (...). (1999, pp.594-6)

Por ello, insiste en que la norma debió decir "caso de fuerza mayor", o bien, utilizar una expresión análoga que lo implicara. Que la norma no lo dice, es claro. Pero, al menos, afirma que así debiera interpretarse y aplicarse si es que no se quiere traicionar el propósito del legislador.

En contra de lo expuesto, Hersalis, Magri y Talco, expresan que el régimen genérico del artículo 514 del Código Civil no puede ser dejado de lado imponiendo una obligación de resultado agravado, sin texto legal expreso que así lo imponga. Asimismo, que el factor de atribución impuesto por la ley sea objetivo, en nada afecta el que otro sujeto o que la misma víctima hallan podido obrar culposamente y que ello sea tenido en cuenta por el tribunal a la hora de determinar responsabilidad exonerando al legitimado pasivo. "Desde luego que

se requerirá que además de reprochable, la conducta se halle causalmente vinculada; mas probado esto, no es un error de técnica apreciar que la culpa del tercero exonera de responsabilidad, aunque más no sea parcialmente, al propietario". (2005, p.414)

Por su parte, Alterini señala que,

(...) técnicamente, es posible distinguir el daño inevitable (caso fortuito) del daño producido a pesar de haberse obrado una conducta diligente (no culpable): para el encuadramiento como caso fortuito es menester determinar que el deudor diligente "habría estado en la imposibilidad de obrar de distinta manera", mientras que para considerar que no hubo culpa basta establecer que, en las circunstancias dadas, ese deudor diligente no "habría obrado de distinta manera" (Mazeaud-Tunc). Es así claro que, cuando para excluir la responsabilidad se exige inexorablemente la ocurrencia de caso fortuito —en sentido estricto, como hecho imprevisible e irresistible—, es responsable quien no ha realizado todo lo necesario, hasta la frontera de lo imposible (Radouant), exigiéndose que suceda la *vis máxima* y no la simple *vis major* (Tunc), y casi imponiéndole al deudor "ser un superhombre, Tarzán, Asterix, Superman, Rambo, Tintín o el Conde de Montecristo" (Maurie-Aynés). En tanto, si resulta suficiente la falta de culpa, no es responsable quien ha actuado con la diligencia correspondiente a las variables particularidades de cada caso (...). (1999, p.607)

El "caso fortuito", pues, remite a los conceptos de previsibilidad e inevitabilidad. Un hecho es imprevisible cuando un hombre de mediana prudencia no tiene porque suponer que habrá de ocurrir pues sólo se está obligado a prevenir lo razonable. A su vez, es inevitable cuando es imposible de impedir aplicando la atención, cuidados y esfuerzos normales. Es así que ambos conceptos habrán de ser apreciados atendiendo a la naturaleza del deber de que se trata y las concretas circunstancias que rodean al caso, y por sobre todo la edad y características del menor involucrado<sup>109</sup>.

Recordemos que el artículo 514 del Código Civil -que define al caso fortuito- establece que es aquel que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse. Es claro que se trata de un "o" disyuntivo que no exige que

---

<sup>109</sup> CNCiv. Sala "D", 03/04/2008. "Buratti, Esteban Ricardo c/ Asociación Católica Irlandesa Colegio Sta. Brígida y otro s/ ds. ps.", LL (online), AR/JUR/3508/2008.

ambas condiciones se den en forma simultánea, bastando con que una de ellas se haga presente para que la proposición sea verdadera. La aclaración la formulamos, no por una inexistente presuntuosidad sobre nociones de lógica proposicional, sino porque frecuentemente se han forzado interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales amplias, que la disposición no contempla, a fin de intentar limitar la configuración del caso fortuito en favor de las víctimas.

En ese orden de ideas, es oportuno señalar que nada impedía que se hubiera utilizado la conectiva conjuntiva “y” (en el caso “e”), si lo que el codificador hubiese querido era que ambos presupuestos coincidieran para que se configure el *casus*, con lo cual la redacción hubiera sido “imprevisible e inevitable”<sup>110</sup>. Pero ello no fue así.

Por ello, el deudor podría liberarse demostrando que el hecho fue imprevisible o inevitable. Aunque en la mayoría de los casos podría pensarse que la imprevisibilidad lleva necesariamente a la inevitabilidad y que por lo tanto siempre irán juntas, ello no es necesariamente así. Pueden existir hechos que sean imprevisibles pero que, en la emergencia, puedan evitarse con un adecuado control o reacción a tiempo, u otros que, tal como refiere el Código, aún previstos no puedan evitarse.

En consonancia con lo apuntado precedentemente, se ha dicho que

(...) la contratación de una ambulancia –que actuó en la emergencia-, da cuenta, no sólo de la previsibilidad en abstracto del acaecimiento de hechos de la naturaleza del de autos (n.a.: accidente en un partido de hockey), sino de la previsión en concreto por parte de Avon (n.a.: auspiciante), lo que reautoriza la invocación del caso fortuito<sup>111</sup>.

No coincidimos con el argumento expuesto pues la configuración del caso fortuito se da, no sólo cuando la situación no ha podido ser prevista – hipótesis descartada en el caso fallado-, sino también cuando, prevista, era imposible evitarla.

---

<sup>110</sup> Sobre nociones elementales de lógica proposicional, ver Echave, Urquijo y Guibourg (1999, pp.52-56).

<sup>111</sup> CNCiv., Sala E, 20/05/2003. “Tissera, Eduardo y otros c/ Colegio San Andrés y otros”, LL del 22/10/03, p.7.

Al decir de Bustamante Alsina,

(...) el hecho debe ser imposible de evitar aplicando la atención, cuidados y esfuerzos normales en relación al hecho de que se trata, considerando las circunstancias concretas de lugar, tiempo y personas. Es decir que el juzgamiento de la conducta en función de las mismas circunstancias concretas de personas, tiempo y lugar (artículos 902 y 512 Código Civil), determinará o la existencia de culpa y la inexistencia del caso fortuito, o bien la existencia de caso fortuito y la inexistencia de culpa cuando el hecho resulta imprevisible o inevitable. (1993, p.308)

A renglón seguido, agrega que el hecho debe ser ajeno al presunto responsable, o exterior al vicio o riesgo de la cosa, explicando que a ello se refiere el artículo 513 cuando hace excepción a la inimputabilidad del deudor si el caso fortuito “hubiera ocurrido por su culpa”, que quiere significar que con el caso fortuito ha concurrido culpa del deudor, de tal manera que sin ésta el daño no se hubiere producido. (p.309)

Así, para hablar de inevitabilidad, resulta forzoso referir a la ausencia de actuar culposo. Esta falta de culpa es un recaudo esencial a ser probado por quien quiera hacer valer la defensa basada en el *casus* (artículos 513 del Código Civil y 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

El análisis deberá efectuarse con una valoración objetiva de las circunstancias de persona tiempo y lugar, previstas en el artículo 512 del Código Civil. No podrá soslayarse, la especial consideración de la diligencia que deben emplear quienes tienen encomendados menores a su cargo y hacen de ello su profesión o actividad (artículo 902 del Código Civil). Pero aunque es correcto que ese análisis debe ser riguroso, no por ello debe configurarse en una suerte de parodia de razonamiento imparcial, meramente destinado a buscar la vía para dictar una sentencia condenatoria.

#### **b) ¿Debe necesariamente ser externo?**

Respecto de la única causal de exención prevista, parte de la doctrina entiende que el caso fortuito debe ser ajeno al riesgo que justifica la atribución

de responsabilidad. En consecuencia, será necesario que el hecho invocado sea externo a la actividad educativa desarrollada por el establecimiento<sup>112</sup>.

También se ha expresado, que el suceso que constituya caso fortuito o fuerza mayor debe ser, además de inevitable -sea porque no pudo preverse, sea porque, aunque previsto o previsible, no pudo ser evitado- y ajeno al presunto responsable, extraordinario y anormal<sup>113</sup>.

Se ha enfatizado esa noción señalando que el caso fortuito únicamente se conforma cuando ocurre un hecho insuperable, irresistible o insalvable. Esto implica que cualquier falta de diligencia, sea en la previsión del acontecimiento, sea en cuanto a las medidas necesarias para evitarlo, excluye la invocación de caso fortuito. No hay accidente fortuito si con una diligencia razonable pudo evitarse el daño (arg. arts. 512, 513, 514, 901, 902 del Cód. Civil)<sup>114</sup>.

Es claro entonces, que para poder determinar si se configuró o no el caso fortuito, deberá demostrarse que se tomaron todos los recaudos para que el hecho haya sido imprevisible y/o imposible de evitar<sup>115</sup>. Con lo cual, aún dentro de un sistema de responsabilidad que se precia de ser objetivo, la valoración de la culpa debe ser efectuada.

---

<sup>112</sup> Entre muchos otros, Reyna (2005, p. 32 y su cita) y Arias Cáu (2011).

<sup>113</sup> Voto del Dr. Pettigiani en S.C.J.B.A., 24/09/2008. "T.F.F.L. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ39401.

<sup>114</sup> CCivCom. de San Martín, sala II, 17/09/2004. "Calderón, Liliana y otro c/ Instituto Educativo Casa del Sol SRL", *LLBA* 2005 (febrero), p.116.

<sup>115</sup> Así lo ha señalado la Cont.Adm. de San Martín, 07/06/2011. "L. J. R. y otra c/ Escuela N° 1 Cosme Beccar - Gdo. Pcia. de Buenos Aires s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ66676; íd. *elDial.com*, AA6E36, al condenar al establecimiento educativo demandado por los daños sufridos por un menor que ingresó al colegio por una puerta y sin solución de continuidad, cruzó el patio e intentó su salida por la ubicada sobre otra calle, la que se encontraba cerrada. Desafortunadamente, el niño de 5 años trepó y cayó de la reja que se encontraba cerrada. A la demandada no le alcanzó con invocar que el suceso se produjo con rapidez y que había docentes presentes en la entrada y en el patio, pues se consideró que estas no prestaron atención suficiente a la actitud del menor. Además, que una reja que permita ser escalada por lo menores es un riesgo evitable. Máxime, al no encontrarse vigilada.

Por ello, algunos agregan a los aludidos recaudos de la imprevisibilidad e irresistibilidad, el de la extraneidad<sup>116</sup>, afirmando que para que se configure el *casus* debe tratarse de un hecho exterior, extraño a la cosa o actividad, de magnitud, de carácter extraordinario, esto es ajeno a la explotación, a las actividades propias del deudor<sup>117</sup>.

En un pronunciamiento claramente enrolado en la postura que restringe la exoneración por aplicación del caso fortuito se ha dicho que, aun cuando el daño se haya producido por una circunstancia interpretada como fortuita por lo inesperada, si se trata de una contingencia previsible en abstracto para el colegio, debe éste responder de manera objetiva<sup>118</sup>. En tal sentido, la alternativa dañosa se expone en causación indiscutiblemente compatible con la previsión del artículo 901 del Código Civil en su primera parte, esto es que en su ocurrencia el hecho sucedió conforme el curso natural y ordinario de las cosas.

Allí, se dijo que la situación de autos no se presentaba como un hecho imprevisible, ni menos aun inevitable y tampoco ajeno a la actividad propia del establecimiento educativo, toda vez que no resulta inesperado el impacto de una pelota, pues como elemento de juego lleva un poder ofensivo capaz de generar daños<sup>119</sup>. Y es de este modo, ciertamente en el nivel probatorio de la *res ipsa loquitur*, en que se expresa el daño de autos.

A su turno, también se destacó que de las propias actuaciones administrativas aportadas se derivaba la prohibición de la utilización de pelotas, con lo que la alternativa reputada como fortuita, lejos de serlo, se manifestaba absolutamente previsible, evitable y de su incumbencia particular, demostrando

---

<sup>116</sup> Bustamante Alsina (1993); CNCiv. Sala "A", 03/07/2009. "G. R. J. c/ Babar Bilingual School Dominique Seguin s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ46829.

<sup>117</sup> Goldemberg, Isidoro H. (2000, Cap. VI, Sección D).

<sup>118</sup> CCivCom. de San Martín, sala II, 17/09/2004. "Calderón, Liliana y otro c/ Instituto Educativo Casa del Sol SRL", *LLBA* 2005 (febrero), p.116.

<sup>119</sup> En el caso el juego no se desarrollaba en el marco de una actividad deportiva programada, sino durante un recreo.

la consumación del daño falta de precaución y descuido en el control exigible a la prestación a la que la accionada estaba obligada<sup>120</sup>.

En similar sentido se ha consignado, que es claro que para atribuir responsabilidad al titular o propietario, no será necesaria la prueba de la culpa. Como contracara, que el sindicado no podrá liberarse probando la no culpa (que puso todas las diligencias para evitar el daño)<sup>121</sup>.

Por nuestra parte, no coincidimos con algunas de las apreciaciones de la doctrina y jurisprudencia que previamente reseñamos y que, reconocemos, es actualmente la postura mayoritaria.

En particular, no compartimos que el hecho deba ser extraño a la actividad escolar para que pueda configurarse el caso fortuito. Es que, como se ha dicho, no hay norma que la imponga; y la interpretación de que ello surge del texto del artículo 513 cuando se refiere a que el *casus* debe ser ajeno a la culpa del deudor -entre otros, Bustamante Alsina (1993, p.309)-, no nos parece acertada en un marco donde nos referimos a los supuestos donde no hay acción u omisión reprochable al responsable, sino mera obligación objetiva de responder.

De ahí que no podamos sino coincidir con Peralta Mariscal quien, con firme convicción, señala que no comparte los argumentos de parte de la doctrina que afirma que el caso fortuito deba ser ajeno a la cosa o a la actividad en cuya órbita se produjeron los daños.

En sustento de su postulado, recuerda que

La ley sólo exige el "caso fortuito"; todo lo demás son disquisiciones doctrinarias que podrían ser atendibles de *lege ferenda* pero que no cuentan con amparo legal de *lege lata*. Más allá que este es el tipo de interpretación que, estoy convencido, corresponde imprimir a los textos legales para no desvirtuar su

---

<sup>120</sup> CCivCom. de San Martín, sala II, 17/09/2004. "Calderón, Liliana y otro c/ Instituto Educativo Casa del Sol SRL", LLBA 2005 (febrero), p.116.

<sup>121</sup> Márquez (2006).

sentido "recreándolo" según el parecer del intérprete, lo que no es propio de quien debe juzgar, interpretar o aplicar la ley, lo cierto es que un dato concreto sobredimensiona esta interpretación en el caso particular: se debatió en la esfera del Congreso de la Nación un texto para esta norma (propuesto por el diputado Mathov) que establecía expresamente el requisito de externalidad del caso fortuito, pero fue suprimido de la redacción definitiva, lo que indudablemente deja abierta la posibilidad de que el caso fortuito sea eximente de responsabilidad aún cuando no sea "externo"<sup>122</sup>; ello así, la propiciada "externalidad" del caso fortuito no responde a una directriz legal sino al arbitrio del intérprete, por lo que a mi modo de ver la externalidad o internalidad del caso fortuito son datos irrelevantes para sentenciar. Además, esa externalidad ha sido entendida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el sentido de ausencia de culpa del demandado (Ac. 45.606, sent. del 11-VIII- 1992), la que en la especie ha quedado descartada<sup>123</sup>.

Es que, si bien es cierto que rige en la actualidad un sistema de responsabilidad objetiva agravada, no por ello puede echarse por tierra con las ya limitadas posibilidades de exonerarse con que cuentan los titulares de los establecimientos educativos, con el único sustento –real- de un mero voluntarismo resarcitorio. Eso es lo que sucede, cuando se presentan argumentos que adicionan a los textos legales requisitos que éstos no exigen o se lo complementa con apreciaciones personales en pos de justificar una condena. De ese modo, muchas veces sucede que se termina por forzar la configuración de culpa en alguna acción u omisión, por más pequeña o inconducente que sea, a fin de justificar la determinación de la responsabilidad endilgada.

Para explicar mejor lo que exponemos, tomaremos como referencia una situación que suele presentarse en el ámbito de la práctica deportiva. Un impacto con una pelota, es el típico ejemplo del hecho que es razonable suponer que suceda durante una práctica deportiva en la que se utilice ese elemento y que, en abstracto al menos, es también de toda lógica suponer que no será posible evitar siempre.

---

<sup>122</sup> Loizaga (2000, p.134), pone de manifiesto que "...el proyecto del diputado Mathov establecía el requisito de la externalidad, pero éste fue suprimido en el texto definitivo...".

<sup>123</sup> CCiv.Com. de Bahía Blanca Sala 2ª, 06/11/2009. "V. y otros c/ P. D. B. A. y otros s/ ds. ps.", MJ, MJJ53286.

En efecto, podrán tomarse recaudos para intentar prevenir lesiones con ese objeto, como por ejemplo, asegurarse que el balón sea del tamaño y peso adecuados para la edad de los participantes. También se podrá intentar disminuir los perjuicios derivados de un posible contacto con ella mediante el uso de elementos de prevención y seguridad (vgr.: protectores bucales, cascos, pecheras, *pats*, etc.), en los deportes que los tienen previstos. Pero de ahí a sostener que puede –o debe- resultar siempre evitable el daño derivado de un pelotazo, existe un abismo.

Ello será cierto sólo mediante dos hipótesis. La primera, jugar únicamente con pelotas de goma espuma o con todos los jugadores protegidos con armaduras al estilo medieval. Razonamientos como el comentado, llevan muchas veces a determinar el cese de actividades o juegos que puedan implicar el uso de balones. A ello, debe sumarse los que condenan debido a caídas en ocasión de actividades realizadas en movimiento, con lo cual tampoco se debe autorizar juegos que impliquen desplazamientos a velocidad o la mera posibilidad de contacto. Esto nos lleva a la segunda hipótesis: el cese de actividades deportivo recreativas en movimiento o que impliquen el uso de balones.

Si bien las condenas en materia de accidentes deportivos en los cuales se ven involucrados menores son mayoritarias, algunos tribunales -en algunos pocos casos-, se han animado a volver las cosas a su justo lugar. En ese sentido, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (por mayoría), rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley planteado por la parte actora, confirmando así el fallo que rechazaba la demanda interpuesta por los padres de un menor que vio afectada su vista como consecuencia de un pelotazo durante un partido de fútbol, en la inteligencia que –en las circunstancias bajo análisis- se configuraba un caso fortuito<sup>124</sup>.

Sobre el alcance de la responsabilidad de quienes les son encomendados menores, citando el fallo del tribunal *a quo*, se indicó que

---

<sup>124</sup> S.C.J.B.A., 09/06/2010. "G. E. O. y otro c/ Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s/ ds. ps.", MJ, MJJ56766.

**“...si bien la obligación de seguridad existe para las entidades que toman a su cargo a los menores o que organizan este tipo de encuentros, la misma lo es respecto de la custodia de los chicos en sus desplazamientos y en su permanencia en los distintos lugares donde recalán, pero no en orden a las contingencias propias del juego cuando están en actividad dentro de la cancha, las cuales además de asumidas por los participantes, aunque previsibles resultan inevitables para los organizadores por constituir un alea que resulta inherente e inseparable de esa práctica deportiva específica -art. 514 Código Civil-...”<sup>125</sup> (la negrita nos pertenece).**

Es cierto que el hecho dañoso analizado en el antecedente jurisprudencial citado precedentemente, se dio en el ámbito de una competencia entre clubes y no de establecimientos educativos. Pero ello no nos desalienta, pues es precisamente el sentido del razonamiento del voto mayoritario, el que consideramos que debería aplicarse también cuando se trate de accidentes deportivos ocurridos en el ámbito escolar. Así intentaremos dejarlo demostrado al concluir este trabajo.

Es que no resulta lógico entender que un pelotazo durante un partido de fútbol en el ámbito de un club configure un caso fortuito mientras que, si se da en el marco de una competencia colegial, ello no sea así. Si se trata de una circunstancia generada por la dinámica del juego en condiciones normales es, siempre, un caso fortuito, si no pudo ser previsto o evitado aun tomando todos los recaudos necesarios.

Por nuestra parte, adherimos a posturas como las que sustentaba Orgaz (1974), al referirse a las lesiones deportivas. Exponía el reconocido profesor, que en el ejercicio deportivo debía distinguirse si los daños provenían de lesiones usuales de cada práctica deportiva y si habían sido provocados dentro del marco reglamentario del juego o no, exculpando incluso a aquellos daños que derivaran de infracciones normales o comunes. También, decía,

(...) deberían quedar impunes los daños, aún los graves y no corrientes (muerte, fractura de huesos, conmoción cerebral, etc.), según la índole del deporte, resultantes de acciones dentro de las normas del juego o, incluso, frente a infracciones normales dentro

---

<sup>125</sup> S.C.J.B.A., 09/06/2010. “G. E. O. y otro c/ Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s/ ds. ps.”, MJ, MJJ56766.

del deporte, por tratarse de un caso fortuito. Ello, claro está, siempre que no hubiesen derivado de violaciones a las reglas de juego con notoria imprudencia o torpeza o, desde luego, intención malévola, pues en estos dos últimos se respondería civil y penalmente. (p.179-180)

Es claro entonces, al menos lo fue para el autor citado y lo es para nosotros, que los accidentes deportivos configuran el *casus*.

## **2).- Las restantes causales de exoneración**

### **A) Consideraciones previas**

No cabe duda de que la reforma legislativa excluye la enumeración de las restantes causales de exoneración y, de conformidad con los motivos que la originaron, parece harto difícil suponer que se debió a un descuido u omisión. Por ello, el análisis que deberá efectuarse si se pretendiera que esos supuestos puedan llegar a eximir de responsabilidad al titular del centro educativo deberá ser riguroso. A esos aspectos dedicaremos los siguientes puntos.

Como anticipamos, la cuestión respecto de la validez de las restantes causales de exoneración del titular del centro se encuentra, no obstante la clara letra de la norma, controvertida.

Para Sagarna, sólo el caso fortuito exime de responsabilidad, es decir que ni el hecho de la víctima ni el hecho del tercero exonerarían al titular del establecimiento educativo. Pero también expone, que "(...) no podemos dejar de recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene entendido que si esas eximentes -hecho de la víctima o hecho del tercero- reúnen los caracteres del caso fortuito, también liberan de responsabilidad al legitimado pasivo(...)". (2002, p.704)

En ese sentido, Vázquez Ferreyra (1996) menciona que los mayores problemas interpretativos que surgen a la hora de analizar las eximentes de

responsabilidad del artículo 1.113 del Código Civil, giran precisamente en torno a la noción de culpa de la propia víctima o de un tercero por quien no se debe responder. (p.148)

Luego, reafirma que en doctrina se discute si es realmente necesario demostrar la existencia de culpa por parte de la víctima o del tercero<sup>126</sup>, o bien si resulta suficiente el simple hecho del tercero en la medida que éste reúna los requisitos del caso fortuito o fuerza mayor<sup>127</sup>.

Para él, ésta es la tesis correcta, pues lo que debe dilucidarse no es un problema de culpa de la víctima o del tercero, sino más bien de determinar la relación causal, la que bien puede verse interrumpida por el simple hecho ajeno.

La cuestión no es meramente académica pues, como ejemplifica Alterini (1995), si se entiende que el mero hecho de la víctima o del tercero resulta suficiente para eximir de responsabilidad al dueño o guardián de la cosa riesgosa, no habría responsabilidad cuando el daño proviniera de un hecho voluntario no culposo, o de un hecho involuntario como el de un menor de corta edad o el de un demente.

Entiéndase que no basta el mero hecho del tercero o de la propia víctima, pues es necesario que esté debidamente probado que ese hecho reúne los requisitos del *casus*. En otras palabras, se equipara el hecho de la víctima o del tercero con el caso fortuito<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> Citando a Bueres (1992, p.75), afirma que al hablar de culpa de la "víctima o de un tercero se quiere hacer referencia a una falta de diligencia en sentido lato o amplio. No se trata de una culpa en sentido estricto, que sea factor de atribución". "En la llamada culpa de la víctima no hay transgresión de un deber en perjuicio de otro, sino que media una omisión de diligencia que hace al interés del omitente".

<sup>127</sup> Sobre los requisitos del caso fortuito, Alterini (1995, pp. 73 y ss).

<sup>128</sup> Alterini (1995), sostiene que en el Derecho argentino vigente, el efecto eximitorio de responsabilidad que asigna la ley a la culpa de la víctima o de un tercero no puede ser extendido al mero hecho de la víctima o del tercero. A menos, claro está, que ese hecho constituya un caso fortuito, en los términos del art. 514 del Código Civil. En

Pizarro (1989) ha cambiado su opinión hace unos años, aceptando en la actualidad que aún el hecho no culpable de la víctima asume virtualidad liberatoria, en la medida en que haya sido causa o concausa del daño. Por eso dice que "no se trata de ponderar culpas sino autorías materiales, y desde ese ángulo, tanto el hecho de la víctima culpable como el no culpable, pueden ser causa adecuada, exclusiva o concurrente del daño (p.264). En forma más reciente (2006), el mismo autor ha señalado que "(...) el hecho de la víctima o del tercero eximen cuando por su carácter imprevisible, inevitable y ajeno a la autoridad educativa configuran un *casus*". (pp.422-423)

En síntesis, entendemos que el mero hecho (no culpable) de la víctima o del tercero en la medida que reúna los requisitos del caso fortuito, es suficiente para que funcione la eximente de responsabilidad civil cuando ésta dependa de un factor objetivo de atribución.

## **B) Hecho del tercero**

En un precedente de la Sala "E" de la Cámara Civil de la Capital Federal, se señaló que el art. 1.117 del Código Civil, sólo exime de responsabilidad al establecimiento si éste acredita el acaecimiento de una hipótesis de caso fortuito. Pero que el hecho de tercero que fuera invocado no lo hace, en tanto el alumno lesionado se encuentre bajo la custodia del Colegio. Por eso, para que el hecho posea virtualidad eximente, debe ser extraño a la actividad desarrollada por el establecimiento y revestir los caracteres del caso fortuito<sup>129</sup>.

---

igual sentido se han pronunciado: CCiv.Com. 6ª Nominación de Córdoba, 25/06/2009. "D. C. c/ Provincia de Córdoba s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ45553; íd. CNCiv. Sala "K", 08/02/2011. "M. C. A. y otro c/ Arzobispado de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios", *elDial.com*, AA6A20.

<sup>129</sup> Voto del Dr. Mirás en CNCiv., Sala "E", 20/5/03. "Tissera, Eduardo y otros c/ Colegio San Andrés y otros", *LL* del 22/10/03, p.8. Por ello, tampoco consideró la culpa de la víctima al realizar un gesto técnico inadecuado que generó o provocó el accidente, pues quedó acreditado que la jugadora desatendía sistemáticamente esa regla del juego y que existió culpa de parte de las autoridades al permitirle competir en esas condiciones.

Para Sagarna (1997, p.937) y (2002, p.704), los hechos de los alumnos productores de daños a otros estudiantes no constituyen hechos de terceros por quienes el establecimiento escolar no debe responder<sup>130</sup>.

Por nuestra parte, coincidimos con la postura doctrinaria que expone que, aún cuando la norma no menciona esta causal de exoneración, ella igualmente opera, cuando ese hecho es abstractamente imprevisible y absolutamente inevitable.

En ese sentido, se ha dicho que el hecho del tercero –por quien no se deba responder, claro está– también libera de responsabilidad al dueño por cuanto, a pesar de no resultar expresamente del texto de la norma, implica la ruptura del nexo causal entre el daño y el riesgo que justifica la atribución de responsabilidad (Reyna, 2005, p.35 y citas doctrinarias).

Es que, tal como sostiene López Mesa (2005),

(...) si bien la expresión utilizada en la ley 24.830 puede no ser la más correcta, de ella surge sin demasiado esfuerzo que el hecho de un tercero, en la medida que sea imprevisible o inevitable, excusa al propietario. Ello simplemente, porque en nuestro sistema jurídico lo que es inevitable y/o imprevisible configura caso fortuito, lo que está específicamente previsto en la norma como causal de exoneración de responsabilidad. (p.274)

Desde luego que deberá tratarse de hechos de terceros rigurosamente considerados, pues deben reunir las características de imprevisibilidad o irresistibilidad propias del caso fortuito. Ello es lo que debe tenerse en consideración, sin que alcance con la mera circunstancia de que se trate de una persona ajena al establecimiento educativo.

### **C) Hecho de la víctima**

Menciona Sagarna (1999), que la conducta del menor en el colegio es empleada, generalmente, en los escritos de responde a fin de excluir o, al menos, reducir la responsabilidad de los docentes accionados o de los titulares

---

<sup>130</sup> En igual sentido, CNCiv., Sala "B", 09/10/97, "Rosciano, Vicente y otros c/ Instituto San Pío X", en LL 1999-D, p.589.

de los establecimientos de enseñanza. Que con este fin, "(...) se cita la conducta "caprichosa", "inquieta", "nerviosa", "intempestiva", "inadecuada", "con problemas", "no pareja", entre otras características, del alumno". (p.97)

Como señala López Mesa (2009), es claro que el propósito de la ley de acuerdo a su texto y a sus fuentes interpretativas, fue impedir justamente la excusación liviana del responsable, fundado en trivialidades atinentes a la culpa de niños menores.

No obstante lo cual, señala que tal como anticipaba Kemelmajer de Carlucci, debe hacerse una distinción entre dos supuestos: en lo atinente a los daños causados por alumnos y sufridos por terceros ajenos a la actividad educativa, considera que la culpa de la víctima es un factor excusatorio pleno, como ocurre en cualquier otro supuesto, a mérito de lo dispuesto en el artículo 1.111 del Código Civil, que es la regla general en la materia (2005, p.275). En cambio, si los daños son sufridos por un alumno menor, el hecho de la víctima no excusa, justamente porque la norma extrae el caso del ámbito de aplicación de la regla general del artículo 1.111, dándole una regulación específica en el artículo 1.117 (2009).

Por eso es que afirma que el artículo 1.117 carga sobre las espaldas de los propietarios de estos establecimientos la responsabilidad por los daños sufridos por los alumnos, cuando se encontraren bajo el control de la autoridad educativa.

En ese sentido, considera

Que la mención de la norma al "control de la autoridad educativa" no ha sido casual ni impensada, motivo por el cual entendemos que dicho control impide alegar la culpa o el hecho de la víctima, cuando éste fuera un alumno menor, pues la norma exige el control de sus conductas por parte de la autoridad educativa, bajo pena de responsabilizarla en caso contrario. El deber de control y el hecho de la víctima constituyen dos caras de una misma moneda: la una esconde la otra a la mirada. Si ello es así, la falta de control resulta incompatible con la alegación de excusación por el hecho de la víctima, por cuanto precisamente, el hecho de la

víctima ha sido posibilitado justamente por la falta de control.  
(2009)

Por nuestra parte, adherimos a la corriente doctrinaria que sostiene que la conducta del alumno podrá aniquilar total o parcialmente la responsabilidad de los docentes o propietarios, siempre que la misma reúna determinadas cualidades (art. 1.111, Código Civil) (Sagarna, 1999, p.97) que permitan determinar que se ha configurado un verdadero caso fortuito (Zavala de González, 1999, p.88)<sup>131</sup>.

Por ejemplo, no es lo mismo poder controlar a un alumno de tres años de edad, que a uno de diecisiete años. A mayor edad del alumno, más aún si pasa los diez años, mayor será el grado de irresponsabilidad del accionado, siempre atendiendo las circunstancias de persona, tiempo y lugar del caso, puesto que en numerosos supuestos el alumno podrá tener diecisiete años y el demandado ser totalmente responsable.

Por eso, la doctrina ha señalado que el deber de vigilancia sobre los estudiantes debe apreciarse con menor estrictez cuando éstos poseen una cierta comprensión de sus actos acorde a su edad (Sagarna, 1994, p.147).

En ese sentido, nos parece oportuno traer a colación un fallo<sup>132</sup> que, si bien fue dictado antes de la reforma, analizó medulosamente la responsabilidad de cada una de las personas demandadas por el fallecimiento de un menor durante un viaje de estudios. Pero también se ponderó allí la contribución de la conducta de la víctima con el lamentable desenlace.

En esa oportunidad había quedado demostrado que el menor había desoído la expresa orden impartida por las docentes a cuyo cargo se

---

<sup>131</sup> En el mismo sentido, ver el voto del Dr. Lavayen en CCiv.Com. de 6ª Nominación de Córdoba, 21/10/2002. "Tissera, Ricardo A. c/ Instituto Secundario José Hernández s/ ds. ps.", LL (online), AR/JUR/1029/2002, para quien el hecho de la víctima debe reunir las condiciones de la fuerza mayor.

<sup>132</sup> CNCiv. Sala "H", 25/04/1995. "A., H. M. y otro c/ Quilmes S.A. Expreso y otros s/ ds. ps.", LL 1997-A-23.

encontraba, y que realizó una maniobra sumamente imprudente al acercarse a la carrera a un ómnibus y pretender ascender al mismo en movimiento, cuando las puertas se cerraban y no podía ser visto por el chofer.

El tribunal interviniente consideró que de acuerdo a su edad y a las características del hecho ilícito descrito, estaba en condiciones de comprender la acción que emprendía, y advertir el peligro que su proceder entrañaba.

Pero agregó

Sin embargo, también en virtud de la edad de la víctima, y de las demás circunstancias que rodearon al hecho -numeroso grupo de preadolescentes en viaje de estudio, y la concurrencia del deber de vigilancia incumplido por las maestras- es razonable que la irreflexión e impulsividad propias de la edad se vean acentuadas, y en ello radica el deber de los mayores de obrar con pleno cuidado, acorde a aquellas circunstancias.

Por lo expuesto, la imputabilidad a la víctima, de las consecuencias de su accionar -conforme a las previsiones de los arts. 897, 903, 921, 922 y 1.111, Código Civil resulta procedente en la especie, aunque con suma cautela, pues no puede juzgarse el proceder descrito como aquél que fuera producto de una persona en el más pleno ejercicio de sus facultades. Esto último, pues lo dicho no sólo debe referirse al dirigir la acción, sino también al encontrarse en condiciones de prever cabalmente la extensión de sus consecuencias probables...<sup>133</sup>.

Con respecto al hecho de la víctima, Loizaga (2000) afirma que, si reúne los requisitos del *casus*, esta causal absorberá a la primera; si así no fuera, deberán efectuarse algunas distinciones. El daño sufrido por un alumno menor de diez años, en el que su propia conducta intervino causalmente, debe ser soportado en su integridad por el establecimiento. En cambio, si se trata de un menor de más de diez años, y el hecho produce la ruptura del nexo causal, se constituye como eximente. Apunta el autor referido, que

---

<sup>133</sup> La responsabilidad por el hecho discutido se estableció finalmente en un 35% a las docentes codemandadas y a su principal, la provincia de Buenos Aires; en un 50% a Expreso Quilmes S.A. y a su aseguradora; correspondiendo el 15% restante a la incidencia concausal de la conducta de la víctima, exonerándose a la directora del establecimiento.

La culpa debe ser apreciada con suma cautela, teniendo en cuenta la edad, el carácter irreflexivo e impulsivo propio de la víctima y la circunstancia de que el menor no se encuentra en el pleno ejercicio de sus facultades como para prever en su totalidad las consecuencias de su accionar. (pp.108-110)

Muchas veces, dice Sagarna (1999), cuando la acción se basa en daños provocados en las clases de educación física, se observa que los accionados atribuyen a la conducta de los alumnos habilidad para producir la desaparición de su alegada responsabilidad. Pero se pregunta "(...) ¿puede la conducta de un menor -vgr. de siete años- eximir de responsabilidad al docente demandado, cuando el hecho acaeció en una galería con vidrios cercanos, con salientes en las puertas, con el piso húmedo, etcétera?" (p.97)<sup>134</sup>. Desde luego que no. Insistimos, no cualquier conducta de la víctima, por más antecedente directo y necesario del hecho que pueda resultar, es pasible de configurar un caso fortuito que autorice a eximir de responsabilidad a las personas a cargo o al titular.

Sin embargo, nos parece que en ese marco de análisis no debe soslayarse, especialmente, la naturaleza del hecho o las circunstancias que lo rodearon al producirse el daño. Es que no puede medirse con la misma vara la lesión que sufre la víctima como consecuencia de un hecho propio al que contribuyeron factores externos previsibles y evitables, que a aquél en el que ello no acontece. De ese modo, no será lo mismo el daño que pueda sufrir un menor como consecuencia de subirse y caer de un banco durante una clase desordenada o sin control, que el que sufra por resbalar o tropezar en pisos por

---

<sup>134</sup> En sentido similar, se condenó a al establecimiento educativo por las lesiones sufridas por una menor que tropezó de una escalera y golpeó contra una puerta de vidrio sin protección. Se tuvo en cuenta que si bien el tropezón puede no ser previsible o evitable, el daño se produjo por los cortes provocados por el vidrio de la puerta cercana a la escalera, que carecía de resguardos; CCiv.Com. de Mar del Plata Sala 2ª, 31/03/2011. "N. F. C. c/ Escuela n° 1 Pascuala Mugaburu y otra s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ63729. Asimismo, se condenó al titular de un jardín de infantes por la lesión sufrida por un menor de cinco años, quien al desplazarse por el aula mientras ejecuta un juego termina impactando con su brazo un vidrio de la ventana, que se rompe y lo lesiona en su muñeca; CCiv.Com.Lab. y de Minería de Neuquén Sala III, 27/12/2012, "B. E. R. y otro c/ Consejo Provincial de Educación y otro s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ77096.

demás deslizadizos o inadecuados para una práctica deportiva o por el mal empleo de elementos inadecuados para su edad o suministrados sin la falta de instrucción o seguridad suficientes, o por la introducción de elementos de riesgo en zonas impropias<sup>135</sup>; que el que pueda padecer como consecuencia de lo que habitualmente denominamos “mala suerte”. Algunos ejemplos de estos últimos podrían ser: tropezar con un cordón de la zapatilla que se desató durante un partido, girar de mala forma para efectuar una marca sin rotar tobillos o rodillas en forma suficiente o caer con un mal apoyo luego de un salto, siempre que las lesiones no sean consecuencia del mal estado del terreno elegido para la práctica.

En los últimos casos señalados como muestra, no existe posibilidad alguna de anticipar si van o no a ocurrir ni de impedir su producción, aún cuando exista el mayor de los controles posibles durante el desarrollo de la actividad.

Es decir, los hechos de la víctima que guardan adecuado nexo de causalidad con el daño: tropezón, giro o salto, resultan hechos imposibles de prever e impedir, no sólo ya para el titular del centro sino para cualquier persona a cargo de la actividad, por más diligente que ésta sea. En definitiva, verdaderos hechos de las víctimas pasibles de configurar un caso fortuito. Aunque así no lo haya comprendido algún tribunal<sup>136</sup>, otros precedentes sí han determinado la existencia del *casus* cuando el daño se produce por un acto de la víctima, sin intervención de otras personas o cosas<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> En ese sentido, CNCiv. Sala “F”, 23/12/2003. “G., P. R. y otro c/ Miniphone S.A. y otros s/ ds. ps.”, *MJ*, MJJ2439.

<sup>136</sup> Vgr.: CCiv.Com. de 6ª Nominación de Córdoba, 21/10/2002. “Tissera, Ricardo A. c/ Instituto Secundario José Hernández s/ ds. ps.”, *LL* (online), AR/JUR/1029/2002.

<sup>137</sup> CNCiv. Sala “K”, 08/02/2011. “M. C. A. y otro c/ Arzobispado de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, *elDial.com*, AA6A20. Allí se dijo que “(...) se puede concluir que de toda la prueba rendida en autos no existe otra causa posible que no fuera el caso fortuito, como lo decidiera la “A-quo”, pues se trató de un hecho súbito, repentino e imprevisible que impidió una intervención eficaz y tempestiva por parte de la demandada, no pudiéndose atribuir un incumplimiento al deber tácito de seguridad asumido, ni se probó deficiencias en la

De ese modo, se respeta el texto normativo, pero también se llega a soluciones lógicas y justas dentro de las condiciones que presenta en la actualidad el sistema legal.

---

guarda o asistencia, ya que la existencia de más profesores en el lugar de los hechos tampoco hubieran evitado su ocurrencia. En tal sentido, habiéndose probado en autos que en el hecho no participó ningún otro alumno o persona del establecimiento, ni se acreditó que el piso presentare vicios o desperfectos, debe considerarse que la caída de la menor, sin que nadie la provocare, constituye un caso fortuito".

## CAPÍTULO VII

### ASPECTOS PROBATORIOS DEL EXIMENTE

#### **1) La prueba del *casus***

Hemos anticipado que no consideramos accidente a cualquier hecho del cual se derive un daño sino sólo a aquellos que sean consecuencia de situaciones imprevisibles o, si previstas, imposibles de evitar. De lo contrario estamos ante un mal sufrido como corolario de la imprevisión, la negligencia o la desidia.

Por eso, resulta de suma importancia determinar las circunstancias y el modo en que los hechos sucedieron. Es decir, no sólo sus consecuencias, sino también sus antecedentes necesarios. Ello nos brindará –a no dudarlo- la posibilidad de determinar si se trató en cada caso concreto, de un accidente o de un daño que hubiera resultado evitable si se hubieran adoptado las medidas de seguridad y prevención correspondientes.

Sobre el particular, resulta interesante traer a colación las reflexiones de un estudioso de la materia, quien apunta que

A la hora de examinar cómo ocurrió el ilícito, la prueba de reconocimiento resulta por demás interesante para determinar la veracidad de lo sucedido. Circunstancias como el sector del colegio donde se realizaba el juego, deporte que se practicaba, condiciones climatológicas del día del infortunio, elementos generadores de riesgo (ventanas vidriadas cercanas al lugar de la actividad, salientes como picaportes, cerraduras<sup>138</sup>, o clavos, baldosas despegadas, etc.), etc., servirán para deslindar responsabilidad a la hora de dictar sentencia (art. 512, Código Civil){...} el número de docentes a cargo del grupo de alumnos en proporción al espacio donde se desarrollaban las tareas y a la cantidad de escolares, la edad de los estudiantes, las características del ámbito, el estado del suelo, si carece o no de límites, la posibilidad de penetración al lugar por terceros, si el campo deportivo es fácilmente controlable por el docente, la

---

<sup>138</sup> CCont. Adm. y Trib. de CABA Sala I, 20/10/2005. "S. P. L. y otros c/ G.C.B.A. s/ ds. ps.", MJJ6118.

existencia de un teléfono para requerir auxilio, la proximidad con un curso de agua y su peligrosidad, etc., las condiciones psicofísicas de los alumnos. (Sagarna, 1999, p.141)

Y agrega que, cuando un escolar sufre perjuicios con motivo de la práctica de una actividad física, el juzgador deberá asumir un rol en el proceso que le permita examinar las “circunstancias de persona” en el evento ilícito (art. 512, Código Civil), a fin de conocer a ciencia cierta cuál fue el grado de incidencia de la conducta del menor en la protagonización del accidente.

Asimismo, que “(...) el docente especializado deberá prever todas aquellas posibilidades de accidentes y tener los mínimos conocimientos para saber actuar luego de ocurrido un infortunio {...}”. Es que es él quien debe controlar a los alumnos cuando se encuentran en la práctica de un deporte. De ese modo, el docente especializado es quien debe requerir el personal auxiliar necesario para su tarea ante la autoridad competente. (Sagarna, 1999, p.141)

Es claro que si se logra reunir la mayor cantidad posible de elementos de prueba que acrediten las circunstancias mencionadas, se estará muy cerca, no sólo ya de saber cómo sucedieron los hechos, sino también de dilucidar por qué han sucedido (relación causal). Asimismo, podrá llegar a determinarse si el suceso se hubiera podido evitar empleando adecuadas medidas de prevención o cuidado (esencial a los fines de poder determinar la existencia del caso fortuito).

## **2) La carga probatoria**

La utilidad de contar con la prueba que acredite las condiciones, características y demás factores intervinientes en el hecho es, sin duda, imprescindible en el marco de nuestra propuesta. Es que, de no contar con los medios para poder demostrar la configuración de un verdadero accidente (imprevisible o inevitable), la suerte adversa en el litigio del dueño del establecimiento se encontraría sellada.

Como es sabido, la mera invocación del caso fortuito no alcanza para liberar al deudor. Tal como la misma fuente del Código Civil señalaba, la prueba del caso fortuito incumbe a aquél, porque el demandado se coloca en las excepciones en la posición del actor, ya que al acreedor le basta probar la legitimidad de su crédito que es fundamento de su demanda<sup>139</sup>.

En ese sentido, tanto sea por las presunciones a favor de la víctima (arts. 1.109 y 1.113 del Código Civil), como por la obligación de seguridad (art. 1.198 del Código Civil), el deber de garantía (art. 1.117 del Código Civil), la carga de la prueba de probar el hecho extintivo, o por la aplicación del principio procesal de colaboración; la ausencia de prueba que permita tener por acreditado que se trató de un accidente, gravitará en contra del demandado.

En consecuencia, no cabe duda de que si no se logra demostrar cómo sucedió el infortunio, ello no se convertirá en un factor de liberación del obligado sino que, por el contrario, determinará su condena en el caso concreto. En ese orden de cosas, se ha entendido que si se hubiera ejercido un adecuado control de la situación, hubiera resultado fácil para el accionado describir la mecánica del hecho y, de ese modo, poder establecer si se trató en el caso de un hecho fortuito<sup>140</sup>. Así, el que los docentes no estuvieran presentes o, si presentes, desatentos, sólo acredita la falta de vigilancia debida<sup>141</sup>.

En consecuencia, no basta invocar que un determinado hecho no ha sucedido nunca para incluirlo dentro de los requisitos del *casus*. Es que, reiteramos, la prueba de tal eximente incumbe a quien lo plantea como causal de liberación y, además, debe ser apreciada restrictivamente. Por eso se ha

---

<sup>139</sup> Del voto de Racimo en CNCiv. Sala "E", 15/07/2010. "G., A. D. y otro c/Colegio San Fernando y otro s/daños y perjuicios", *eDial.com*, AA62AE, publicado el 09/09/2010.

<sup>140</sup> CNCiv. Sala "D", 11/06/2007. "Rocchetta, Mónica Isabel y otros c/ Instituto Nuestra Señora del Carmen y otro s/ ds. ps.", *LL* (online), AR/JUR/13377/2007.

<sup>141</sup> Así lo entendió la mayoría en S.C.J.B.A., 03/04/2008. "I., P. J. y otro c/ Dirección General de Escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires s/ ds. ps.", *IJ*, IJ-XXVI-463; íd. C.Cont.Adm. y Trib. CABA, Sala II, 11/08/2008. "M., F. C/ G.C.B.A. s/ ds. ps.", *eDial.com*, AA4C98.

dicho que "(...) no resulta suficiente acreditar que se trataba de un ejercicio físico aprobado por la currícula correspondiente al grado de cursación de la niña (...)"<sup>142</sup>.

Es que la invocación y prueba de la existencia de una causa ajena, interesa a la demandada para excusar su responsabilidad por falta de relación de causalidad entre el hecho propio, el de sus subordinados o las cosas de que es dueño o guardián y el daño sufrido por la víctima (Bustamante Alsina, 1993, p.253).

Lo expuesto, ha llevado a autorizadas voces a sostener que

Las graves consecuencias que importa la constatación de la existencia de esta figura -eximición de responsabilidad de la accionada (conf. art. 513 del Cód. Civ.) hace que la manda contenida en el art. 375 de la ley ritual civil adquiriera -en este especial tópico- una trascendencia mayor.

Y tan importante es la tarea de perfilar acabadamente los contornos del *casus* impuesta a quien pretende negar la responsabilidad por un evento dañoso, que se le exige no sólo la prueba de las circunstancias fácticas del caso fortuito o fuerza mayor, sino -también- la "ajenidad" del mismo, ya que como lo prevé el art. 513 ya referido, las demandadas no pueden alegar los efectos de este instituto si el mismo "hubiere ocurrido por su culpa"<sup>143</sup>.

Reiteradamente se ha postulado por esta Corte que quien alega como defensa la fuerza mayor (o caso fortuito) debe probarla, lo que supone que también tiene a su cargo acreditar la inexistencia de las circunstancias que le impedirían alegarla, entre ellas, que no medió culpa (conf. Ac. 87.667, sentencia del 6-IX-2006)<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> CNCiv. Sala "L", 13/12/1996. "B., M. C. c/ Municipalidad de Buenos Aires s/ ds. ps.", *LL*, 1997-C-765.

<sup>143</sup> Sobre el alcance de la "ajenidad" nos referimos en el punto dedicado al análisis del caso fortuito, señalando que esa "ajenidad" no debe entenderse como un hecho que provenga de fuera de la actividad, sino como ajeno a la voluntad y toda posibilidad de previsión y prevención.

<sup>144</sup> Del voto del Dr. De Lázzari en S.C.J.B.A., 24/09/2008. "T. F. F. L. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ39401.

En otra oportunidad<sup>145</sup>, se tuvo en cuenta que se contaba con la certidumbre de que la situación dañosa que damnificara al menor se consumó en el ámbito escolar, de conformidad con cuantiosa prueba reunida. Pero además, se sospeó la más que acotada modalidad controversial derivada del conteste, en cuanto presentación meramente negatoria que omitió toda referencia sobre el modo de causación del hecho.

En tal contexto, la responsabilidad de la institución educativa demandada era indudable, tanto en el marco de la responsabilidad contractual (arts. 1.198 y concordantes, del Cód. Civil) cuanto en la del 1.117 del mismo ordenamiento.

Cabe agregar que en el fallo analizado no se trataba de un caso de responsabilidad en el deporte, en tanto el juego con la pelota se desarrollaba en un recreo y no en una práctica deportiva regular.

Esta última consideración, efectuada por el tribunal interviniente, nos lleva a pensar que, tal vez -y más allá de la señalada orfandad probatoria de la demandada-, si el pelotazo se hubiera producido en el marco de una actividad deportiva regular otra podría haber sido la valoración de la responsabilidad del colegio.

Ello, desde luego, a mero modo de hipótesis, pues como acertadamente se ha observado en otro fallo<sup>146</sup>,

Tildar un hecho de accidental no significa necesariamente que este sea un *casus*, máxime cuando el caso fortuito aparece taxativamente indicado como eximente por la norma que establece la responsabilidad de la demandada. No todo accidente de tránsito ni todo accidente laboral es un caso fortuito; de igual modo, no todo accidente escolar es un *casus*.

---

<sup>145</sup> CCiv.Com. de San Martín Sala II, 17/08/2004. "Calderón, Liliana y otro c/ Instituto Educativo Casa del Sol S.R.L.", *LLBA*, 2005 (febrero), 116.

<sup>146</sup> CCiv.Com. 6ª Nominación de Córdoba, 25/06/2009. "D. C. c/ Provincia de Córdoba s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ45553.

Fácilmente podemos concluir entonces, que es carga de la demandada probar las circunstancias fácticas que expliquen el accidente como un caso fortuito. Por ello, debe indicarse al contestar la demanda, y luego probar, las circunstancias fácticas que rodearon al hecho como para poder concluir en la configuración de la eximente prevista.

Si nada se indica acerca de las circunstancias de tiempo, espacio y modo que caracterizaron el accidente, si no hay constancias acerca de las dimensiones del espacio en el que se desarrollaba el juego, ni se demuestra que la cantidad de alumnos que participaban ni que su edad eran adecuadas, si no se describe en forma precisa el desarrollo del juego como para concluir en que efectivamente era el adecuado de acuerdo a las circunstancias del caso y que se desarrollaba de forma tal que el resultado finalmente ocurrido fue imprevisible o inevitable, la suerte adversa de la defensa será la lógica consecuencia.

### **3) Medios de prueba**

Todos los medios de prueba pueden resultar útiles para demostrar la eximente legal prevista. Es por ello que los establecimientos educativos deben ser muy cuidadosos y prolijos en la producción y custodia de los instrumentos que pueden, eventualmente, favorecer la verificación de la asunción de todos los recaudos de prevención y diligencia necesarios a fin de minimizar riesgos y, de ese modo, contar con elementos de convicción para poder acreditar la configuración del caso fortuito.

Sin extendernos en aspectos generales respecto de los medios probatorios, nos centraremos en algunos puntos específicos que pueden presentar relevancia en procesos donde se discuta la responsabilidad de los establecimientos educativos.

## **A) Testimonial**

### **a) Algunos apuntes**

Esta prueba es usualmente considerada con un criterio restrictivo, pues usualmente se trata de la declaración de personas que, si presentes al momento del hecho, suelen ser dependientes del establecimiento y, en muchos casos, quedan excluidos por ser también demandados. Luego, encontramos a las personas que no han tenido conocimiento directo de lo sucedido. Además, y no es un tema menor, los restantes participantes son los propios escolares que, las más de las veces, son menores de edad y, no en pocas ocasiones, excluidos de la posibilidad de prestar declaración testimonial.

No obstante lo expuesto, pocos medios pueden aportar tanta y tan valiosa información para reconstruir los hechos como esta. Por ello, es que en los procesos en los que se ventila lo sucedido en ocasión de la actividad educativa, sólo logra acreditarse lo realmente ocurrido cuando se cuenta con esta prueba.

### **b) Mayores**

Es común que las únicas personas mayores presentes durante la actividad escolar sean los maestros o profesores que, como dijimos, suelen ser también demandados por las víctimas.

Pero podría suceder también que, como consecuencia del marco legal actual, no se accionara contra los docentes pues, en definitiva, no le debería importar a la víctima si han incurrido o no en una falta, toda vez que el colegio o su aseguradora -que son los legitimados pasivos solventes-, deberán responder en forma objetiva. A salvo, claro está, que quisieran obtener la condena del docente por considerarlo directamente responsable del hecho.

Si el maestro es parte, no podrá entonces ser citado como testigo. Pero de lo contrario, no existe impedimento para obtener su declaración a fin de que aporte detalles de lo sucedido.

No desconocemos la doctrina que sostiene que los testimonios de los dependientes de las partes deben ser rigurosamente considerados por la posible parcialidad que puedan revestir sus dichos en favor de quien les da trabajo, sea por una cuestión de gratitud como por el miedo a perderlo (Falcón, 1998, p.730). Pero ello no implica que sus declaraciones deban ser desatendidas por el mero hecho de que sus manifestaciones resulten favorables a los demandados si lo expuesto se puede corroborar con la restante prueba aportada y resulta coherente con los principios lógicos y las máximas de la experiencia (Palacio, 2005, p.543).

Por otra parte, en lo que respecta a nuestro tema específico de análisis, muchas veces los accidentes se producen en los encuentros deportivos por lo que puede contarse con los testimonios de otros profesores o docentes que no sean dependientes del establecimiento demandado sino de los restantes colegios participantes. También, en algunos casos de competencias o muestras deportivas, los padres son invitados a presenciarlas, con lo cual su testimonio también puede resultar valioso para poder determinar las circunstancias del caso.

Es de considerar también, que muchos padres se enteran de lo realmente sucedido por sus propios hijos quienes al llegar a sus casas o preguntados sobre el punto, relatan o “confiesan” lo acontecido.

### **c) Menores**

El menor de catorce años no puede ser citado como testigo en un proceso judicial a tenor de lo dispuesto por el artículo 426 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, lo que representa prescindir de la posibilidad de contar con una mayor información de parte de quienes suelen ser testigos directos de los hechos.

Sin embargo, muchas veces se puede contar con la posibilidad de obtener información de las experiencias vividas por los menores a través de otros medios que no sean su comparecencia a los estrados judiciales. Si bien no son declaraciones brindadas en el marco de la producción de prueba testimonial, sino que revisten el carácter de documental, las incluimos en este apartado por ser, en rigor de verdad, el modo de lograr que el juez cuente con declaraciones de menores de edad de las que de otro modo debería prescindir.

Por ejemplo, se autorizó a difundir el contenido de las manifestaciones que alumnos menores pudieran haber expresado, siempre respecto del hecho, en el ámbito de entrevistas en el gabinete psicopedagógico del colegio, teniendo en cuenta que si bien se trata de un archivo que contiene información personal, existen también antecedentes en los que -dadas determinadas circunstancias- los intereses de terceros pueden verse afectados<sup>147</sup>.

En otro caso, se le dio eficacia probatoria a las constancias de declaraciones de menores brindadas en el expediente administrativo que se instruyó como consecuencia de un lamentable hecho en el que un niño de 11 años fue abusado por un compañero en un baño del colegio. Se dijo allí que

(...) por su parte, la lectura del expediente administrativo que corre por cuerda identificado bajo el Nro. 5807-346478-6, ofrecido por el propio fisco demandado (v. fs. 51 vta.) da cuenta -a través de las declaraciones de los compañeros de E. ante el instructor respecto de lo sucedido el 22/9/98- que el niño O. es objeto de agresiones por parte de otros compañeros de juego en el tercer recreo del día 22 de Septiembre de 1998, la que se exacerba dentro del baño entre los minutos finales del recreo y el tiempo requerido para la formación de los alumnos.

En este punto diré que si estos dichos provenientes de las personas cercanas al hecho resultan convincentes, si no son desvirtuados por otros medios de prueba, ni son discordantes con los demás prestados respecto de la circunstancia de tiempo y lugar y si además no se contradicen con el resto de circunstancias que ofrece la causa, debe tenerse por acreditado el hecho sobre

---

<sup>147</sup> CCiv.Com. de Lomas de Zamora Sala I, 12/06/2008. "Amadeo, Norberto Jorge c/ Instituto Nuestra Señora del Carmen y otros", con nota de Masciotra (2008), LL (online).

el que deponen<sup>148</sup>, aún cuando su menor edad no se les permita prestar declaración en esta sede (conf. art. 424 CPCC) ya que tal óbice debe ser evaluado a la luz de otras pautas interpretativas como la espontaneidad, inmediatez y credibilidad de las declaraciones, máxime si el hecho que se investiga se trata de un delito contra la integridad sexual en los cuales resulta elemento característico que se consumen en ausencia de otras personas que las estrictamente involucradas en ellos y para lo cual resulta difícil la obtención de prueba directa, por lo que adquieren relevancia los indicios de oportunidad y presencia como los mencionados<sup>149</sup>.

En un tercer precedente, se ha valorado el testimonio brindado por las compañeras de la menor lesionada (11 años al momento del hecho), únicas presentes al momento de producirse el hecho dañoso en el cual participaban junto a la víctima, al deslizarse en “trencito” por un tobogán<sup>150</sup>.

Finalmente, cabe tener presente que en el estado actual de la ciencia, los tribunales cuentan muchas veces (cada vez más) con el auxilio de los avances tecnológicos. Para estos supuestos en particular, puede resultar de gran utilidad la Cámara Gesell, que es un mecanismo que surgió como una importante herramienta de observación en el campo de la psicología, y que fue luego utilizada en el proceso judicial, registrándose antecedentes en los procesos de familia y penal (Romero, 2011, p.63), aunque nada obstaría a que pueda incorporarse en procesos patrimoniales si la ocasión lo ameritara.

Es de destacar, que la obtención del testimonio de menores en ese ámbito permite que éste sea entrevistado por un especialista que la conducirá, admitiendo el control de la producción de la prueba por ambas partes, como así también su registro filmado a fin que el juez pueda contar con ella al momento de valorar la prueba en definitiva. Entendemos que con esas garantías, cualquier objeción que a modo general pudiera intentarse contra la posibilidad de que los testigos menores de edad sean oídos en el proceso, queda

---

<sup>148</sup> Con cita de CCiv. Sala “E”, 13/02/2006. “C., L. S. c/ Pertus, Carlos A. y otro”, LL, 2006-C-857.

<sup>149</sup> S.C.J.B.A., 17/06/2009. “O. E. A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ ds. ps.”, MJ, MJJ45167; id. IJ, IJ-XXXIV-931.

<sup>150</sup> CNCiv. Sala “D”, 03/04/2008. “Buratti, Esteban Ricardo c/ Asociación Católica Irlandesa Colegio Sta. Brígida y otro s/ ds. ps.”, LL (online), AR/JUR/3508/2008.

desvirtuada. Desde luego, a menos que se demuestre que el presentarse a prestar declaración –aún con todos los resguardos del caso-, podría causar un serio perjuicio al testigo menor.

## **B) Documental**

Sin perjuicio de lo expuesto en el punto anterior, existen documentos que permiten demostrar que la actividad educativa se desarrollaba dentro de los parámetros de seguridad adecuados y que el accidente provino, verdaderamente, de un hecho imprevisible o inevitable.

Tener en regla y orden todos los certificados de seguridad y prevención edilicias, la contratación de personal calificado e idóneo para guiar cada actividad, la contratación de productos y servicios de calidad certificada, dejar asentadas todas las novedades que se presenten durante el desarrollo de cada jornada escolar; son sólo algunos de los elementos que permitirán demostrar en el futuro la adopción de todos los recaudos posibles para la prevención de daños. Por eso, adoptadas todas las medidas de prevención, seguridad y controles razonablemente posibles, el acaecimiento de un daño dentro de esa actividad será proclive a su evaluación como un hecho que excedió toda medida de previsibilidad e intentos de evitarlo, es decir, un verdadero caso fortuito.

En particular, es aconsejable llevar siempre en regla el “Libro de novedades”, en el cual los docentes y el personal administrativo asientan cualquier observación o sugerencia respecto de medidas de seguridad que deban adoptarse. Asimismo, en el que caso de que un accidente haya ocurrido, para que dejen constancia allí de las circunstancias que lo rodearon y de cómo se actuó en la emergencia.

Es cierto que esos libros, que bien podrían ser una suerte de “historia clínica” de la actividad escolar, son llevados por quienes tienen interés en liberarse de la responsabilidad frente al daño. Pero también lo es que, llevado en objetiva y debida forma, puede constituir, junto con otros elementos, una

prueba importante para valorar los recaudos adoptados en pos de prevenir o evitar el accidente que motive el reclamo, pudiendo llegar a demostrarse incluso que nada lo hubiera podido impedir, logrando así la eximición de responsabilidad.

También pueden presentarse como un elemento de convicción, las actas o planillas de planificación de la actividad, en las cuales se asiente la actividad a desarrollar, pero también las condiciones en que se llevará a cabo.

Pero, sin lugar a dudas, pocos elementos pueden llegar a ser tan importantes como las constancias filmadas que pudieran existir. A veces, los padres que asisten a los encuentros registran en todo o en parte los partidos o exhibiciones. En otras, tal vez sea el propio establecimiento quien decida grabar el desarrollo de una competencia (por ej.: a fin de contar con material para promoción institucional). Incluso, en algunos eventos que cuentan con una difusión más importante<sup>151</sup>, puede llegar a contarse con las imágenes aportadas por un tercero.

Si el juez pudiera contar con esta fuente de prueba, seguramente la determinación de la responsabilidad o de la configuración del eximente en el caso concreto, sería mucho más sencilla<sup>152</sup>.

También pueden resultar de suma utilidad, las constancias que puedan haberse labrado en el expediente administrativo<sup>153</sup> o en la causa penal que pudiera haberse instruido por el hecho dañoso. En este sentido, es consabida

---

<sup>151</sup> Por ejemplo, los torneos intercolegiales que organiza el periódico "La Nación" o los que organiza la Provincia de Buenos Aires (actualmente denominados "Evita", otrora "Juegos Bonaerenses").

<sup>152</sup> Las imágenes filmadas fueron de gran utilidad para dar una justa solución en CCiv.Com. de Mar del Plata, Sala 1ª, 01/07/2010, "Pizzo Roberto c/ Camoranesi Mauro s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ56542 (recientemente confirmada por la S.C.J.B.A., 11/07/2012, *LL* (online). Aunque el caso se dio en un ámbito deportivo profesional, y no educativo como es nuestro ámbito específico de análisis, el ejemplo representa adecuadamente lo que aquí intentamos sostener.

<sup>153</sup> SCJ de Mendoza Sala I, 20/02/2003. "Mattus, Jorge César y ot. en representación de su hijo menor C. G. A. M. en J° 109.698/5880 Mattus y ots. c/. D.G.E. de la Prov. de Mendoza p/d. y p. s/ s/inc. cas.", *ED*, EDJ6364.

la importancia de las declaraciones brindadas en esta sede por su mayor proximidad temporal con el hecho y por su espontaneidad. Es que, no pocas veces sucede, que los reclamantes, a fin de dar mayor fuerza a sus argumentos, tergiversan, exageran o modifican el relato de los hechos expuestos en la sede represiva. Contar con el documento que contiene esas primeras exposiciones, resultará esencial para el demandado a fin de poder, eventualmente, acreditar que el suceso dañoso le es ajeno o que ha sucedido por caso fortuito o por fuerza mayor<sup>154</sup>.

### **C) Informativa**

La prueba de informes, puede resultar muy útil a fin de poner en conocimiento aspectos tales como las reglamentaciones en materia de prevención y seguridad que debe cumplir el establecimiento educativo de acuerdo al tipo de que se trate y la actividad que desarrolle. A tal efecto, la información que pudiera suministrar el organismo encargado del control (generalmente el Ministerio de Educación, a través de sus organismos –vgr. Dirección General de Escuelas-), será de gran utilidad para considerar si se encuentra en regla el establecimiento.

También, en aspectos más específicos del eje de nuestro análisis, como son los recaudos que se deben adoptar -por ejemplo- para la práctica de determinado deporte o actividad extraescolar. Aquí, las asociaciones,

---

<sup>154</sup> Pero también es importante destacar que de tan importante elemento de prueba puede llegar a concluirse fácilmente en la responsabilidad del colegio que, de tal modo, torne injustificada su oposición frente al hecho. Recientemente, CCiv.Com. de Azul, 14/05/2013. "A. H. A. y ot. c/ B. M. H. y ots. s/ ds. ps.", MJ, MJJ79032, la codemandada "Dirección General de Cultura y Educación" cuestionó la admisión de la causa penal (iniciada a instancias de la denuncia de la directora del establecimiento), por haber sido incorporada como medida para mejor proveer, de cuyas constancias se desprendía que el hecho dañoso ventilado había ocurrido por falta de vigilancia sobre los menores. En sentido similar, en CNCiv. Sala "H", 08/07/2011. "D., J. y otros c/ G.C.B.A. y otros s/ interrupción de prescripción (art. 3.986 del Código Civil)", *elDial.com*, AA6EEB, quedó demostrado con las constancias de la causa penal que el daño provenía de una actitud negligente de una dependiente del establecimiento y las circunstancias que lo rodearon. No obstante lo cual, la demandada cuestionó en sede civil el hecho causante del daño e invocó el hecho de la víctima. Con el mismo énfasis que rechazamos la litigiosidad indebida, descalificamos las posturas defensistas temerarias.

federaciones o entidades que las rigen, pueden ilustrar al juzgador sobre las condiciones en que dichas prácticas deben desarrollarse.

Este tipo de material no permitirá, desde luego, reconstruir lo sucedido. Pero sí contribuirá sobremanera para efectuar un juicio de valor en abstracto sobre en qué condiciones debería desplegarse la actividad y, de ese modo, analizar si se omitieron conductas esperables en pos de prevenir o evitar hechos lesivos.

Así, por ejemplo, se ha valorado a fin de analizar un aspecto negativo en el desarrollo de la actividad, los daños derivados de la falta de uso de protector bucal cuando este es obligatorio en la práctica del rugby, según quedó acreditado con lo informado por la unión que organiza es actividad en el ámbito de Buenos Aires<sup>155</sup>.

#### **D) Reconocimiento judicial**

A la hora de examinar cómo ocurrió el ilícito, la prueba de reconocimiento resulta por demás interesante para determinar la veracidad de lo sucedido. En efecto, a diferencia de lo que podría pensarse –o esperarse-, es muy común que las condiciones de los lugares en que se suceden los hechos dañosos no son prontamente modificadas. No sucede con las esquinas peligrosas, no sucede con los cruces de vías, no sucede con las veredas o calles en mal estado, y tampoco ocurre con los ámbitos en que se practican deportes.

Por ello, la presencia del juez en ese espacio a fin de valorar las condiciones imperantes, como así también las posibles alternativas para que la práctica se hubiera desarrollado de otro modo, colaborarán a formar la convicción del magistrado en torno a las circunstancias que rodearon al hecho dañoso.

---

<sup>155</sup> CNCiv. Sala C, 04/08/2007. "Grasso, Eduardo Miguel c/ Colegio Galileo Galilei SAE y otro s/ ds. ps.", JA, 2007-IV, p.80.

Desde luego, si existiera el temor fundado o la certeza de que las condiciones del lugar del hecho fueran a ser alteradas en lo inmediato, podrá solicitarse la inspección a modo de prueba anticipada<sup>156</sup>.

#### **4) La valoración de la prueba**

Una vez reunidas las pruebas aportadas a lo largo del proceso, el magistrado debe entonces avocarse a su valoración a fin de dictar sentencia.

En supuestos como el que nos ocupa, en los cuales el principal demandado carga con una responsabilidad legalmente agravada, lo usual debería ser que en las sentencias se hiciera hincapié en la existencia del hecho, en la prueba del daño y en la responsabilidad que pesa sobre el establecimiento educativo en favor de los menores.

No obstante, la mayoría de las veces ello no sucede así. No porque no se le de la importancia que merecen los aspectos señalados. Pero es muy común que se dedique un mayor espacio del pronunciamiento para exponer las conductas que podría o debería haber asumido el colegio para evitar el hecho y de cómo, al no hacerlo, determinaron la producción del daño. Verdaderas condenas sustentadas en una imputación de culpa que para los cultores del derecho de daños no debería existir.

No obstante, pudimos observar que esas faltas achacadas al establecimiento no terminaban de convencer al magistrado como conductas razonablemente exigibles al colegio. Sea porque el hecho de la víctima fue repentino o imprevisible, sea porque intervinieron factores externos, o porque se trató de circunstancias de un juego, lo cierto es que muchas veces, recién al advertir que la “falta” no reviste entidad suficiente para justificar una condena, recurren a la causal objetiva a fin de sustentar la condena.

---

<sup>156</sup> Por ejemplo, a fin de poder constatar las condiciones en que se encuentra un predio, las medidas de seguridad existentes, o cualquier otro elemento que el paso del tiempo o la actividad del propietario, pueda llegar a modificar para la oportunidad en que en el futuro se practique una pericia.

Si lo que se busca en esos casos es tranquilizar la conciencia ante una sentencia condenatoria por el mero *favor victimae* y, a su vez, cargar menos las tintas sobre los docentes y establecimientos; mejor sería entonces que se limitara el pronunciamiento a unas pocas páginas señalando la obligación de responder en razón de la imposición legal frente al daño sufrido.

No obstante, como anticipamos en capítulos anteriores, el análisis respecto de las circunstancias que rodean al hecho dañoso es insoslayable.

Es que en este híbrido sistema legal actual, en el cual se entremezclan aspectos subjetivos y objetivos, se torna imprescindible la consideración de las circunstancias que rodearon al hecho lesivo a fin de determinar si la causal de exención se ha configurado o no.

Así las cosas, la valoración de la prueba aportada debería encararse del siguiente modo. Primero, la que permita tener por acreditada la existencia del hecho y las partes involucradas. Luego, la que contribuya a determinar la mecánica del suceso, a fin de poder establecer si se trató de un hecho imprevisible o inevitable. Finalmente, la que autorice a tener por acreditada la existencia del daño y su extensión.

Es por eso que no resulta admisible sortear el segundo análisis alegando que la intención del legislador fue obtener condenas a favor de las víctimas, pues la propia norma contempla la causal de exoneración si el caso fortuito se acreditase.

A fin de avalar lo expuesto, y atendiendo a las pautas señaladas al desarrollar la figura del caso fortuito, traeremos a colación en el punto siguiente, algunos antecedentes en los cuales se eximió de responsabilidad al establecimiento educativo.

## CAPÍTULO VIII

### ENFOQUES JURISPRUDENCIALES QUE TUVIERON POR CONFIGURADO EL CASUS

#### 1) Sentencias que tuvieron por configurado el caso fortuito

No son muchos los antecedentes que hemos podido encontrar en los que se haya reconocido la existencia del caso fortuito. Y menos aún las que lo han hecho y han quedado firmes. Como dijimos, suele ponerse en cabeza de los establecimientos obligaciones que exceden no sólo la razonable prevención y control, sino también verdaderas cargas de videncia y premonición dignas de un superhéroe. No obstante, hemos podido encontrar a lo largo de nuestra investigación, algunos fallos que, más allá de la pena que pueda causar el daño sufrido por la víctima, han determinado razonablemente la configuración del *casus* de acuerdo con las constancias obrantes en autos.

#### A) “L., P. M. c/ Colegio San Patricio SA y otro s/ ds. ps.”<sup>157</sup>

Destacamos en primer lugar, un fallo del Alto Tribunal bonaerense en los autos referidos, en el cual, aún debiendo aplicar el régimen anterior a la reforma, no por ello dejó de analizar la configuración del caso fortuito. También lo destacamos por tratarse en la especie de un daño ocurrido en ocasión de una práctica deportiva. Finalmente, por haberse dictado por unanimidad.

De los votos expuestos, creemos oportuno reseñar algunos fragmentos de los expuestos por la juez preopinante y por el segundo voto.

Afirmaba Kogan allí, que

(...) la circunstancia de que la lesión en el ojo del alumno se produjera durante un partido de fútbol cuya práctica es habitual en una clase de educación física dentro del ámbito escolar y que no se haya acreditado irregularidad alguna en el desenvolvimiento de

---

<sup>157</sup> S.C.J.B.A., 10/05/2006. “L., P. M. c/ Colegio San Patricio SA y otro s/ ds. ps.”, <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia>.

esa práctica deportiva, me convence de que el lamentable hecho ocurrido no provino de un defecto de cuidado del profesor a cargo de la clase, sino que se trata de un supuesto de caso fortuito, pues el daño derivó de las contingencias propias del juego, por el impacto de la pelota dentro de la cancha (...) Concurrió pues en la especie el desencadenamiento de un hecho que resultó inevitable, dado que al docente que estaba a cargo de la clase de educación física, obrando con la diligencia debida no le fue posible impedir el acaecimiento del suceso (arts. 512, 513, 514, 1.117, Cód. Civ.).

Por consiguiente, tratándose el suceso en examen de un área inherente e inseparable de la práctica deportiva, resultó imposible de evitar en el caso concreto, configurando así el caso fortuito que tiene virtualidad exonerativa de responsabilidades en los términos del art. 514 del Código Civil (...).

Genoud por su parte, sostenía que

(...) en tal sentido resulta inobjetable la decisión de la Cámara *a quo* que entendió que el hecho resultó inevitable para el docente y por consiguiente para el establecimiento educativo. Ello así porque **si bien puede resultar previsible la posibilidad que durante el deporte del fútbol uno de los participantes pueda recibir uno o varios golpes con la pelota, ello no obsta a que sea inevitable por ser una consecuencia lógica del juego, y por lo tanto tal circunstancia encuadra perfectamente en la hipótesis del art. 514 del Código Civil que al definir al caso fortuito incluye expresamente aquellos eventos previstos pero inevitables.** (la negrita nos pertenece)

**B) "Domínguez, Francisco Jorge por su hija Maira Danisa Domínguez en j 108.673 Domínguez, Jorge y otra por su hija menor Maira D. Domínguez c/ Dirección General de Escuelas y otro p/ ds. ps. s/ Casación"<sup>158</sup>**

En otro precedente, esta vez dictado en la Provincia de Mendoza, la Suprema Corte provincial, al rechazar el recurso de casación interpuesto por la parte actora, dejó firme el fallo de segunda instancia que rechazó la demanda interpuesta a fin de obtener el resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos

---

<sup>158</sup> SCJ de Mendoza Sala I, 28/12/2004. "Domínguez, Francisco Jorge por su hija Maira Danisa Domínguez en j 108.673 Domínguez, Jorge y otra por su hija menor Maira D. Domínguez c/ Dirección General de Escuelas y otro p/ ds. ps. s/ Casación", <http://www.estudioton.com.ar/fallos/provinciales/suprema%20corte/sentencias/79553%20Dominguez%20por%20su%20hija%20REV%20134.htm>.

por una alumna de 10 años que, en el marco de una clase de educación física, luego de realizar un ejercicio, al dirigirse al lugar en el cual debía esperar otro turno, frena abruptamente trabándosele el pie, lo que le provocó una fractura de peroné.

Allí se destacó, entre otros aspectos, que

En el caso, mientras el actor silenció cómo se produjo el accidente, el demandado lo probó pormenorizadamente, incluso con la declaración del padre de la menor, de cuya absolució surge que "la niña se cayó sola, al volver trotando, se trabó y cayó". O sea, la menor se accidentó sola, sin que interfiriera otro alumno, ni a consecuencia de un ejercicio físico que se le indicara, y menos a algún defecto en el piso que hubiera incidido en su caída. En suma, no existe conexidad entre el establecimiento escolar y la lesión que la niña absolutamente sola, se provocó. O sea, la niña se cae por una conducta inapropiada, no inducida por el profesor del establecimiento; es muy difícil tener por acreditado el daño si se advierte que nadie, persona, cosa, elementos o piso tuvieron incidencia directa en el mismo<sup>159</sup>.

En el pronunciamiento de alzada, la mayoría del tribunal tuvo por configurado el caso fortuito con la conducta inevitable de la propia víctima, desplegada fuera del ámbito específico del ejercicio físico propuesto por el docente a cargo<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> De la reseña del voto del camarista Staib efectuado por Kemelmajer de Carlucci en la casación en SCJ de Mendoza Sala I, 28/12/2004. "Domínguez, Francisco Jorge por su hija Maira Danisa Domínguez en j 108.673 Domínguez, Jorge y otra por su hija menor Maira D. Domínguez c/ Dirección General de Escuelas y otro p/ ds. ps. s/ Casación", <http://www.estudioton.com.ar/fallos/provinciales/suprema%20corte/sentencias/79553%20Dominguez%20por%20su%20hija%20REV%20134.htm>.

<sup>160</sup> No podemos dejar de mencionar que muchos otros pronunciamientos, en iguales circunstancias, han dispuesto la condena del establecimiento. Así se decidió, por ejemplo, en CCiv.Com. de 6ª Nominación de Córdoba, 21/10/2002. "Tissera, Ricardo A. c/ Instituto Secundario José Hernández s/ ds. ps.", LL (online), AR/JUR/1029/2002, donde se señaló, entre otras consideraciones, "...que tratándose el presente supuesto de responsabilidad objetiva, el hecho de la víctima debe configurar, específicamente, un caso de fuerza mayor, ya que según sostengo, en este tipo de responsabilidad el simple caso fortuito está a cargo del presunto responsable...". ¿existe un "caso fortuito simple" y un "caso fortuito complejo"? Al menos el Código Civil no los distingue ni en el artículo 514 ni en el artículo 1.117.

De la lectura del voto de la juez de corte preopinante se infiere que, de haber sido otro el remedio revisor intentado, es muy probable que ese pronunciamiento hubiera sido revocado. A nuestro modo de ver, aún con la pena que representa imaginar el sufrimiento de la menor por la lesión sufrida, no podemos sino coincidir con la solución adoptada por el tribunal *ad quem*.

**C) "M. C. A. y otro c/ Arzobispado de Buenos Aires y otros s/ ds. ps."<sup>161</sup>**

En el ámbito de la Capital Federal, la Sala "K" de la Cámara Civil, entendió que e esguince de rodilla sufrido por una alumna durante una clase de handball, en el cual "(...) no participó ningún otro alumno o persona del establecimiento, ni se acreditó que el piso presentare vicios o desperfectos, debe considerarse que la caída de la menor, sin que nadie la provocare, constituye un caso fortuito".

Es que no quedan dudas (como no le quedaron a los magistrados que suscribieran la sentencia en comentario), que "(...) se trató de un hecho súbito, repentino e imprevisible que impidió una intervención eficaz y tempestiva por parte de la demandada, no pudiéndose atribuir un incumplimiento al deber tácito de seguridad asumido". Tampoco se probó deficiencias en la guarda o asistencia, ni puede inferirse que la existencia de más profesores en el lugar de los hechos hubiera evitado su ocurrencia.

En síntesis, al igual que ha sido valorado este tipo de situaciones en el ámbito deportivo de los clubes<sup>162</sup>, la lesión sufrida por una caída sin intervención de personas o cosas, es un claro (tal vez el más claro), exponente del caso fortuito.

---

<sup>161</sup> CNCiv. Sala "K", 08/02/2011. "M. C. A. y otro c/ Arzobispado de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios". Recuperado de <http://www.elDial.com>. Cita online: AA6A20.

<sup>162</sup> CNCiv. Sala "H"; 20/12/2007. "Fiorenzano de Ruiz Díaz, Lucía y otro c/ Club Atlético Boca Juniors s/ ds. ps.", LL del 11/07/08; íd. CCiv.Com. de Junín, 01/03/2011. "Minguilla Bernardo c/ Club Social Cultura y Deporte de Chacabuco s/ ds. ps.", IJ, IJ-XLIIII-299.

## **2) Votos minoritarios que tuvieron por configurado el caso fortuito**

En algunos votos en minoría que pudimos rescatar de algunos precedentes jurisprudenciales, encontramos argumentos que, sólidamente expuestos, alzan voces de alerta sobre la cuestión que proponemos revisar en este trabajo y que, por la claridad con que son expuestas, merecen ser reproducidas.

Comenzaremos por dos fallos dictados por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el año 2008. En cada uno ellos, alguno de sus miembros expuso una serie de pautas respecto del análisis que debe hacerse al analizar los hechos que sustentan la acción en este tipo de casos. Si bien el voto mayoritario determinó que no se tuviera por acreditada la eximente, las disidencias que reseñaremos reflejan con precisión, claridad y contundencia nuestra opinión sobre el punto. Es por eso que nos permitiremos la licencia de efectuar transcripciones que puedan resultar algo extensas, ya que de lo contrario, correríamos el riesgo de menguar su fuerza expositiva.

### **A) “I., P. J. y Otro c/Dirección General de Escuelas y Cultura de la Pcia. de Buenos Aires s/ ds. ps.”<sup>163</sup>**

Por una cuestión cronológica, mencionaremos el dictado en primer lugar. Allí, Kogan dijo:

(...) entiendo que en la especie resulta aplicable lo sostenido al expedirme en la Ac. 84.896 (sent. del 10-05-06). Si bien advierto que difieren las circunstancias fácticas, entre uno y otro caso, ya que en aquella ocasión se trató de una lesión de un alumno en el ojo derecho, a raíz de un golpe provocado por una pelota con la que jugaba al fútbol con sus compañeros, en clase de educación física, y en este caso de un accidente provocado por un choque entre alumnos en el recreo, soy de la opinión que el lamentable hecho, como en el citado precedente, constituye un supuesto típico de caso fortuito, pues las consecuencias de estas actividades resultan imposibles de evitar y tienen virtualidad

---

<sup>163</sup> S.C.J.B.A., 03/04/2008. “I., P. J. y Otro c/Dirección General de Escuelas y Cultura de la Pcia. de Buenos Aires s/ ds. ps.”. Recuperado de <http://www.ijeditores.com.ar>. Cita online: IJ-XXVI-463.

exonerativa de responsabilidades en los términos del art. 514 del Cód. Civ.

Concurren pues las circunstancias de imprevisibilidad del hecho, ya que superó la actitud predictiva media o como tantas veces se ha dicho la previsión de un hombre inteligente, fue inevitable o irresistible dado que los docentes que estaban a cargo del control en los recreos, obrando con la diligencia debida no les fue posible impedir el acaecimiento del suceso (arts. 513, 514, Cód. cit.).

Al voto reseñado adhirió Genoud, pero agregó que aunque el hecho fuera anterior a la reforma y por lo tanto le fuera inaplicable al caso las nuevas disposiciones del artículo 1.117 del Código Civil,

(...) si bien puede resultar previsible la posibilidad de que, durante la recreación que realizan los alumnos, alguno de los participantes pueda ser lesionado dado el intrínseco contacto existente entre ellos, no obsta a que sea inevitable por ser una consecuencia lógica de la actividad lúdica que despliegan. Por lo tanto, tal circunstancia encuadra perfectamente en la hipótesis del art. 514 del Cód. Civ., que al definir al caso fortuito, incluye expresamente aquellos eventos previstos pero inevitables (...).

Finalmente, Pettigiani en el tercer voto que integró la minoría, señaló que

El concepto jurídico de “caso fortuito” o “fuerza mayor” no es otro que el señalado por los arts. 513 y 514 del Cód. Civ., con arreglo a los cuales, tanto uno como otro requieren la concurrencia de hechos imprevisibles e irresistibles que hagan imposible el cumplimiento de la prestación prometida, siendo su principal característica la exterioridad del acontecimiento (Ac. 84.910, sent. del 18-08-04; Ac. 71.453, sent. del 07-02-01; entre otros).

De este modo, aún cuando pudiese concebirse en abstracto como previsible que los alumnos de escuela primaria puedan lastimarse durante los recreos, circunstancia que en tales momentos exige una mayor atención por parte de los responsables de que tales sucesos no ocurran, cierto es que en el caso, aún cuando las maestras encargadas del recreo -que se hallaban presentes en el patio (fs. 287, 290)-hubieran podido observar cómo el mismo sucedía, el evento -por su modalidad- hubiera igualmente ocurrido, resultando inevitable y ajeno para el establecimiento educativo (tampoco resultó producto de una actividad escolar específica, ni producto de los bienes del establecimiento).

Se ha tratado pues de un lamentable suceso, mas razonablemente inevitable, frente al que -obrando con la diligencia debida- no podía ofrecerse una conducta activa capaz de eliminar

o paralizar sus efectos, cuya potencialidad dañosa se consumó instantáneamente.

**B) “T. F. F. L. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ ds. ps.”<sup>164</sup>**

Unos meses más tarde, el máximo tribunal bonaerense tuvo oportunidad de expedirse en un caso en que se debatió nuevamente la responsabilidad de los establecimientos educativos, aunque esta vez por un hecho ocurrido dentro del aula.

En su voto en minoría, destacó Pettigiani que

(...) invocado el *casus*, no alcanza con establecer genéricas pautas de prevención susceptibles de justificar cualquier pronunciamiento inculpatario de un establecimiento educativo por todo obrar dañoso que suceda en su ámbito; las que por otro lado, en el caso de marras, se observan inidóneas -por su obviedad- para tener por acreditado que en caso de haber sido concretamente impartidas, el evento no hubiera ocurrido.

Por demás, los sentenciantes realizaron sólo un análisis genérico y en abstracto de las notas distintivas del *casus*, sin efectuar la debida apreciación de las concretas circunstancias de persona, tiempo y lugar propias del evento ocurrido, prescindiéndose en consecuencia de las constancias objetivas de la causa (...).

No obstante, y más allá de todo lo hasta aquí expuesto respecto de la única causal de exención (su invocación y prueba), en el voto citado en el caso referido en el párrafo anterior, el magistrado fue más allá y señaló que

(...) aquí, son la propia materialidad y circunstancias de los acontecimientos, tal cual han quedado definidas durante el curso del proceso, las que enseñan que el lamentable episodio puede ser así considerado.

En efecto, si bien es posible compartir -en abstracto- que los alumnos de edad avanzada (16 años) suelen hacerse entre sí bromas pesadas, con entidad de causar daño a quien

---

<sup>164</sup> S.C.J.B.A., 24/09/2008. “T. F. F. L. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ ds. ps.”. Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ39401.

ocasionalmente resulta receptor de las mismas; también es cierto que dicha sola circunstancia no puede constituir un valladar que obste considerar lo verdaderamente ocurrido en cada caso, con el objeto de analizar la eventual configuración de un evento realmente inevitable y ajeno -tanto al docente como a la escuela- que impida atribuir responsabilidad a estos últimos por el resultado dañoso del mismo.

Así, la mecánica del evento también demuestra -por sí misma- que el episodio fue ciertamente aislado, en tanto no fue descripta una mínima situación de descontrol que propiciara la ocurrencia del accidente<sup>165</sup> (...) Se ha tratado pues de un lamentable suceso, mas razonablemente inevitable, frente al que -obrando con la diligencia debida- no podía ofrecerse una conducta activa capaz de eliminar o paralizar sus efectos, cuya potencialidad dañosa se consumó instantáneamente.

En autos, las circunstancias temporales (previos instantes, antecedentes), de lugar (entorno), personales (vínculos, antecedentes personales del agresor) y de modo (acto instantáneo, distancia estrecha) en que el obrar del alumno S. tuvo lugar, confirieron a éste las notas típicas de una conducta susceptible de corroborar la interrupción de todo nexo de causalidad adecuada con cualquier acción u omisión -en concreto- que se pretenda atribuir al docente a cargo del curso, o al establecimiento educativo.

En definitiva, creo que la expresión "caso fortuito", aun respecto de los daños sufridos por los alumnos, entendida en sentido amplio, resulta igualmente comprensiva de todo hecho que se presente como imprevisible e inevitable, caracteres que puede, excepcionalmente, tener tanto la conducta de la propia víctima como la de otro alumno; eventos que deben siempre ser analizados a la luz de las concretas circunstancias del caso, y especialmente, a la edad de los menores involucrados (...).

---

<sup>165</sup> El docente se hallaba al mando del curso, en el frente, dictando la clase de lengua. Los alumnos se hallaban sentados en sus pupitres. En ese marco, el alumno S. -empleando una bandita elástica y un pedacito de cartón mojado- arrojó este último a su compañero T. desde una distancia de 40 centímetros, en un acto totalmente súbito, donde la vigilancia más estrecha no habría razonablemente podido impedir el desenlace perjudicial que originase esta causa (arts. 512, 513, 514, 1109 y ccdtes., Cód. Civil). Aún cuando el docente encargado de la clase hubiera podido observar cómo el evento sucedía, por su modalidad repentina, sin indicios anticipatorios, aquél hubiera igualmente ocurrido (art. 514, Cód. Civil).

**C) “V. y otros c/ P. D. B. A. y otros s/ ds. ps.”<sup>166</sup>**

En otro precedente también dictado en el ámbito bonaerense, y también en postura minoritaria, Peralta Mariscal sostuvo que

(...) es del caso señalar que en el *sub judice* se presenta el caso fortuito en los términos en que es conceptualizado por el art. 514 del Código Civil, puesto que si bien es previsible -y de hecho lamentablemente ocurre con alguna asiduidad- que en los establecimientos educativos los niños dañen a otros con objetos con los cuales se encuentran trabajando o que tienen a su disposición, en algunos casos el daño se torna inevitable y eso ha ocurrido en el juzgado.

Es utópico pretender que resulta evitable que un alumno cause un daño a otro dentro del aula mientras se cumplen actividades regulares bajo la supervisión de un docente responsable. Es cierto que lo ideal es que ello no suceda, y que los docentes -y, por supuesto, los padres- deben instruir a los niños para que no adopten ningún tipo de conducta que pueda dañar a un compañero o a otra persona; no obstante, toda la dialéctica, toda la persuasión, todo el sermón que puedan predicarse son inidóneos para evitar que el daño se produzca, aunque necesarios y exigibles para intentar evitar lo que en definitiva termina siendo inevitable; por lo menos, razonablemente se logrará así una importante reducción de los daños acaecidos en este tipo de circunstancias, pero es imposible su evitación total, salvo que los alumnos no estén en contacto entre sí, lo que es inexigible y, además, antipedagógico, antisocial y económicamente prohibitivo, pues exigiría un aula y un docente por cada alumno... lo que - como es público y notorio-, no ocurre en ningún establecimiento educativo del país ni del mundo (...).

---

<sup>166</sup> CCiv.Com. de Bahía Blanca Sala 2ª, 06/11/2009. “V. y otros c/ P. D. B. A. y otros s/ ds. ps.”. Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ53286.

## CAPÍTULO IX

### EL DEPORTE

#### 1) Orígenes

Antes de iniciar el análisis central de nuestra propuesta, consideramos de importancia recordar someramente los fundamentos que inspiraron la práctica deportiva. Es que el deporte escolar se asemeja mucho más a aquellas prácticas originarias que a las de la industria deportiva que ha dado lugar a la rama denominada Derecho del Deporte, la que estudia el deporte espectáculo y profesional.

Nos cuenta Devoto, que la actividad deportiva aparece con las primeras manifestaciones humanas y fue practicada desde la antigüedad por motivos religiosos, de defensa personal, destreza y educación, ocupando un lugar preponderante en el desarrollo individual, cultural y social. Matemática, gimnasia, música y filosofía eran el básico científico de griegos y romanos. (2009, p.7)

Pero antes de eso, como recuerda Pérez,

(...) ya los chinos, 3.000 años antes de Cristo, practicaban ciertas clases de gimnasia con fines de higiene espiritual y con propósitos curativos para reparar algunos males del cuerpo, por aquello de *mens sana in corpore sano*. Pero el auge de las actividades deportivas fue alcanzado en la antigua Grecia, preferentemente en la ciudad de Olimpia, donde se llevaban a cabo cada 4 años las célebres olimpiadas, de las que participaba la juventud, en grandes gestas deportivas y a los campeones se les tributaban los más grandes honores (...) Para los griegos, los ejercicios físicos tenían la misma importancia que la formación intelectual, persuadidos del ideal de la perfección y la belleza tanto en el orden físico como espiritual (...).

(...) la actividad deportiva en forma organizada, fue abandonada después de la caída del Imperio Romano, pues durante la Edad Media, excepto la afición por el juego de pelota, los deportes se reducían al ejercicio de las armas en manos de los caballeros. El renacimiento de los deportes se produce a fines del siglo pasado con el desarrollo del atletismo, que comprende

en su conjunto varios deportes, entre los cuales se anota el fútbol, rugby, béisbol, tenis, hockey, golf, polo, natación, etc., sobre todo en Inglaterra de donde se extiende a otros países en los cuales adquiere nuevas modalidades, como el esquí de origen escandinavo y el ciclismo y el automovilismo con el progreso de las artes mecánicas (...). (1980, p.869)

Hasta que comenzó la “industria del deporte”, todas esas disciplinas (y otras tantas) eran practicadas con meros fines recreativos, sociales, de salud o, como habitualmente se dice, “para estar en forma”. No obstante, es claro que las cosas pueden no resultar siempre bien en materia de salud para los deportistas. Golpes o caídas, pelotazos, desgarros, esguinces o fracturas son sólo algunas de las consecuencias que pueden derivar de la práctica deportiva, especialmente en los deportes de pelota y de conjunto. Si el deporte es, además, de contacto, los riesgos se incrementan.

Es claro que, a salvo tal vez en el boxeo o algún arte marcial, el objetivo del juego no es lesionar al jugador contrario. Por otra parte, los reglamentos de cada juego, las precauciones adoptadas por cada jugador, la usual intervención de un árbitro que conduzca el desarrollo de la justa y el espíritu del juego limpio (*fair play*) que debe regir toda competencia, hacen que ningún participante compita a sabiendas de que será lastimado. Pero tampoco lo hace con la seguridad de que no lo será. Es más, nos animamos a afirmar que ingresa con la plena conciencia de que puede llegar a serlo aunque, desde luego, espera que ello no suceda.

Es que toda actividad deportiva implica un riesgo de lesión. Incluso dentro de los límites de los reglamentos o sin intervención de terceros o de cosas, pues basta un mal movimiento o un esfuerzo desmedido para que se pueda producir un daño o lesión. Sin embargo, el deportista es consciente que ese riesgo es inherente al juego y, como parte de él, lo asume al decidir participar.

Desde luego que ello no constituye un *bill* de indemnidad para que sus oponentes utilicen cualquier medio para obtener una ventaja a costa de la integridad del jugador<sup>167</sup>. Pero de ahí a sostener que el jugador participa en la inteligencia de que “nada le pasará”, hay un largo camino.

Analizaremos en los puntos siguientes lo correspondiente a la actividad deportiva y sus riesgos.

## **2) La actividad deportiva**

Corresponde en este estado hacer referencia al ámbito específico en que se produce el daño en el supuesto que aquí analizamos: el deporte.

Como sostiene Pérez (1980), el deporte es una actividad cultural con sus características propias que la diferencian claramente de la actividad laboral, por su independencia, desinterés lucrativo y el placer que proporciona a quien lo practica, desarrollada en el terreno de una eficacia lúdica. Claro que lo expuesto se vio desnaturalizado, en parte, por la profesionalización de algunos jugadores en algunas disciplinas deportivas.

Entendido como “1.- Actividad física, ejercida como juego o competición, cuya práctica supone entrenamiento y sujeción a normas o 2.- Recreación,

---

<sup>167</sup> Ver CCiv.Com. Sala I de Mar del Plata, 01/07/2010. “Pizzo, Roberto c/ Camoranesi, Mauro s/ ds. ps.”, *MJ*, MJJ56542. Allí se estableció, en un caso de lesión en el ámbito del fútbol profesional, que el exceso en el medio elegido para disputar el balón, que derivó en la seria lesión sufrida por el actor, conlleva a la responsabilidad del jugador que la provocó. La acción dañosa fue calificada por la mayoría del tribunal como “...brutal, innecesaria y se apartó groseramente de las pautas previstas en el reglamento, demostrando un reprochable desinterés por la integridad física...”. Por nuestra parte, pudimos participar de una jornada en la cual se debatió la responsabilidad por accidentes deportivos -Primeras Jornadas sobre Responsabilidad Civil por Accidentes Deportivos, Universidad Austral, 21/10/2010- y, en uno de sus módulos, observar la filmación que registra las circunstancias en que se produce la lesión. Además de convencernos de lo acertada de la decisión adoptada por la mayoría del tribunal marplatense, reafirmó en nosotros la idea de que no todo daño sufrido en ocasión del deporte debe ser asimilado, pues resultaría injusto -además de contraproducente- equiparar a la responsabilidad por accidentes deportivos, con actos de desprecio por la integridad física como el que observamos en esa ocasión.

pasatiempo, placer, diversión o ejercicio físico, por lo común al aire libre”<sup>168</sup>, serían tres las notas esenciales para caracterizar la actividad deportiva: “(...)1) el ajuste de las mismas a reglas preestablecidas; 2) el despliegue de un esfuerzo o destreza (físico o mental), por encima del nivel de actividad habitual; 3) persecución en forma mediata o inmediata de un fin salutífero de carácter personal(...)” (Cazaeaux y Trigo Represas, 1996, pp.164-165).

Por nuestra parte incorporamos también un objetivo inmediato de todo participante de una competencia deportiva, cual es el de obtener la victoria en la contienda.

Continúan diciendo los autores mencionados, en definición que compartimos, que

Por accidente deportivo entendemos el perjuicio no intencional ocasionado por uno de los participantes en el juego o certamen, durante su realización, o sufrido por aquél en idénticas condiciones. (p.164)

Pero, luego se cuestionan si es admisible que se hable de una responsabilidad diversamente calificada de la ordinaria, por el sólo hecho de que el daño que se deriva se haya producido durante el ejercicio de una actividad deportiva o el desarrollo de una manifestación de tal carácter. Y dicen:

La respuesta debe ser negativa. Sin embargo, es indiscutible que las características propias del deporte determinan que los principios de prudencia y diligencia a los que se refiere la valoración de la culpa, deban sufrir necesarias adecuaciones con respecto al ejercicio de ciertas actividades deportivas peligrosas; ya que es notorio que el ejercicio de los deportes presupone ciertos riesgos fuera de lo corriente (...). (pp.164-165)

A nosotros tampoco nos convence, el hecho de que se proponga considerar del mismo modo la obligación de cuidado para no dañar a otros en el ámbito deportivo que fuera de él. Es que muchas veces, la dinámica misma del deporte implica una confrontación de fuerzas en la disputa que puede

---

<sup>168</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., <http://www.rae.com.ar>.

resultar en un daño indeseado, aun en el marco del más absoluto respeto por el reglamento de la disciplina que se trate. Si los jugadores entendiéramos que de cada situación de juego en que deban medirse fuerzas pudiera potencialmente derivar una acción judicial, pues entonces sólo nos quedaría jugar sin competir o practicar de juegos de mesa.

Hay que tener presente la indiscutida importancia del deporte. Sólo por recordar algunos de sus beneficios más sobresalientes, recordamos con Axmann, Tosello y Macchiotti (2010) los siguientes

- La práctica deportiva y de actividad física es un instrumento educativo y preventivo porque favorece el desarrollo de personalidades independientes, sanas, autónomas y responsables a través de la promoción de valores como el esfuerzo, la tolerancia, el trabajo en equipo y el respeto a las normas.
- La actividad física y el deporte constituyen una potente herramienta para conseguir la formación integral de los individuos y su práctica promueve, a través del desarrollo de las áreas afectivas y sociales, el aprendizaje y la asunción de valores, actitudes y comportamientos pro-sociales que favorecen la prevención de conflictos y situaciones de riesgo, y una convivencia más pacífica y segura.
- El deporte ayuda a desarrollar los mecanismos y los hábitos que enlazan la inteligencia, la motivación y la acción, y lo hace de una forma más completa y eficaz que el resto de las enseñanzas. La eficacia educativa del deporte y su influencia en la prevención de conductas de riesgo reside en su capacidad de acostumbrar a soportar el esfuerzo y a soportar el aplazamiento de la recompensa.
- La educación del movimiento es fundamental desde la etapa infantil porque a la hora de preparar a los niños para que sepan tomar decisiones correctas ante conductas de riesgo social. Se ha señalado al deporte y a la actividad física como el mejor elemento para la formación en valores y como herramienta de prevención y factor de protección de conductas de riesgo en los tiempos libres y de ocio de las personas. Hoy existe una crisis de valores (pérdida, carencia, cambio de valores) pero el deporte nos ofrece la mejor forma de vivir y convivir.

- El deporte es esfuerzo, aplazamiento de la recompensa, a veces frustración, sacrificio y volver a intentarlo cuando no lo conseguimos. El deporte es un gran vehículo para aprender a cumplir reglas, a ser tolerantes, a reconocer y aceptar las diferencias con el otro y es un gran medio para crear hábitos saludables. El deporte es un proyecto de vida y de valores. Pero no confundamos hacer deporte con el deporte espectáculo.
- La actividad física y deportiva genera numerosos beneficios tanto psicológicos como sociales desde la infancia. Permite contactarse con las personas y comunicarse con ellas, trabaja la tolerancia, el respeto por los demás, acepta las diferencias de actitudes, favorece el desarrollo de la personalidad, experimenta emociones que no son tan fáciles de conseguir en otros campos, adopta estilos de vida saludables, acepta el objetivo de un equipo, reflejado mediante la colaboración y la cohesión.
- Genera un efecto positivo en la autoimagen, autoestima, ansiedad, depresión, tensiones y estrés, autoconfianza, energía, eficacia y bienestar (...).

También, coincidimos con Charlin cuando expone que la actividad deportiva cobra especial relevancia sobre todo para los más jóvenes. Tanto más, en los casos en que aquéllos se hallen en situación de mayor vulnerabilidad debido a factores sociales-económicos. Es que el desarrollo de este tipo de actividades permite sustraer a gran cantidad de niños y adolescentes de actividades perniciosas para su formación y desarrollo físico, psíquico y espiritual. (2005)

Lo expuesto también se ha intentado cristalizar legislativamente. En ese sentido, la ley 3.218 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispone en su artículo segundo que

(...) la práctica del deporte y de actividades físico recreativas constituye un derecho y bien social de los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Debe ser considerada como una importante herramienta de socialización, que transmite valores, forja conductas esenciales para la sana convivencia en sociedad y promueve el desarrollo integral de todos los factores: intelectual, bio-físico, social, afectivo y ético-moral, estimulando la integración de todas las personas sin distinciones de ningún tipo (...)<sup>169</sup>.

---

<sup>169</sup> B.O. del 10/12/2009.

En la actualidad, el deporte se presenta en distintos niveles y con distintas características y regulaciones. A mero modo enunciativo, podemos distinguir el deporte fuera de una institución o dentro de ella. Ésta puede ser un establecimiento educativo, escuela de alguna especialidad en particular o un club. La actividad puede desarrollarse en forma *amateur* o profesional. En cuanto a estos últimos aspectos, entendemos que es necesario volver a distinguir el deporte *amateur* (incluso del denominado *amateur* compensado), del profesional y, a su vez, trazar una raya entre las implicancias de una y otra que, al parecer, algunos pretenden ir diluyendo en pos de un resarcimiento seguro frente a cualquier contingencia<sup>170</sup>. Finalmente, puede ser individual o grupal.

Pero todos los deportes tienen ínsita una característica, la posibilidad de sufrir alguna lesión durante su desarrollo. Ello puede derivar de acciones que podemos calificar de accidentales o, por el contrario, de actos de imprudencia que exceden el marco del juego o, peor aún, por una acción malintencionada.

En el marco de la hipótesis que nos propusimos investigar, nos centraremos con especial interés en las primeras, pues son aquellas las más habituales en el marco de la práctica deportiva escolar.

---

<sup>170</sup> Especialmente aquellos que sostienen que los jugadores *amateurs* que se desempeñan en instituciones deportivas estarían sujetos a "relaciones de dependencia cuasi laborales", "de dependencia" las califican, por tener que atender a la organización de su club o de la federación o asociación a la que pertenezca el club, si es que quieren participar de la actividad. En ese sentido se han expresado Mosset Iturraspe, Jorge (2008); íd. CNCiv. Sala "I", 23/12/2003. "Santero, Fernando F. c/ Lobato, Juan G. s/ ds. ps.", JA 2004-II-65; de Lázzari, Eduardo Néstor en su voto (en minoría) en S.C.J.B.A., 09/06/2010. "G. E. O. y otro c/ Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s/ ds. ps.", MJ, MJJ56766. En contra, CNCiv. Sala "H", 14/12/1995. "Ramella, Claudia Inés c/ Club Atlético Obras Sanitarias de la Nación s/ ds. ps.", inédito, ver Anexo 2; íd. 20/12/2007. "Fiorenzano de Ruiz Díaz, Lucía y otro c/ Club Atlético Boca Juniors s/ ds. ps.", LL del 11/07/2008, íd. Sala "I", 04/08/2009. "Puchetta, Valentín Ángel y otros c/ Club Atlético River Plate s/ ds. ps.", eIDial, AA5D9A.

### 3) El accidente deportivo

López Herrera (2006) sostiene que el accidente deportivo puede ser definido como "(...) aquel daño o lesión que causa un participante a otro o a un tercero en ocasión del juego". Coincidimos con él en que el principio es que el accidente deportivo no es indemnizable porque no reúne el requisito de ilicitud. Ello, claro está, siempre y cuando el deportista o practicante haya respetado las reglas de juego. En consecuencia, lo que confiere entonces licitud a los daños que se puedan sufrir como consecuencia del deporte, son las normas de cada práctica.

Por eso, para que se consideren accidentes deportivos, deben tratarse de daños sufridos como consecuencia del juego. No serían, por lo tanto, lesiones deportivas aquellas que sufren los jugadores que se la toman a trompadas en el medio del partido<sup>171</sup>. Si bien el deportista sabe que corre un riesgo al participar en cualquier deporte, supone que asume todos los que están asociados a la práctica de esa disciplina tal como está reglamentada y no los que sean extraños.

Al decir de Borda (2008), hay un consenso general acerca de la legitimidad del deporte; y más aún, que debe estimulársele, porque no obstante sus ocasionales riesgos, es saludable tanto desde el punto de vista físico como moral. Por eso, señalaba que

Esta valoración moral y legal del deporte no es compatible con la incriminación de responsabilidad civil o penal por el acto deportivo que se ajusta a las reglas del juego. Como argumento coadyuvante para afirmar esa irresponsabilidad, cabe notar que los deportistas se exponen voluntariamente al riesgo y que esa actividad está permitida, tutelada y estimulada por el Estado (...)

Es necesario, pues, afirmar el principio de que los deportistas no son responsables de los daños causados a los competidores mientras se hayan respetado las reglas del juego; en cambio, si ellas se han violado, el principio debe ser la responsabilidad del

---

<sup>171</sup> CNCiv., Sala "I", 23/12/2003. "Santero, Fernando F. c/ Lobato, Juan G.", JA-2004-II, fascículo nº 9, p. 66-67.

autor del hecho, a menos que demuestre que su acto fue involuntario o inevitable. (pp.522-523).

En consonancia con lo expuesto, sostenía que es necesario tener presente que la violación de las normas de juego que dan origen a responsabilidad son solamente aquellas que tienen en mira la seguridad de los deportistas y no las que hacen al juego en sí mismo. A fin de ilustrar esta diferencia, exponía un ejemplo largas veces (esta no será la excepción) citado en trabajos sobre el tema.

En el fútbol está prohibido jugar la pelota con la mano; supongamos que ante la inminencia de un gol, uno de los jugadores pretende atajar la pelota con la mano, pero no hace sino desviar su trayectoria de tal modo que da en el rostro de otro jugador y le fractura la nariz. Se trata de una contingencia inculpable del punto de vista de la responsabilidad civil. Pero es necesario tener presente que ni siquiera el respeto de las leyes del juego exime de responsabilidad, cuando la acción que ha provocado el daño ha sido evidentemente dolosa o gravemente culposa; como ocurriría si un boxeador sigue castigando a otro que está desmayado pero todavía de pie sostenido por las cuerdas. (pp.523-524)

Es más, con argumentación convincente, se ha interpretado que esas razones también son aplicables mediando transgresiones reglamentarias cuando ellas son “normales” o “inevitables”.

Tales principios han sido jurisprudencialmente receptados en varias oportunidades en el ámbito del deporte extraescolar. En ese sentido, se ha sentenciado que

La ‘licitud’ del deporte llevado a cabo con autorización estatal abarca todas las consecuencias dañosas que irroga el juego dentro del reglamento y también aquellas infracciones reglamentarias que son ‘normales’ o ‘inevitables’ en vista de la característica de la actividad de que se trate. Por caso, si en un partido de fútbol dos jugadores corren apareados en busca de la pelota y uno de ellos, en una acción atribuible a la velocidad, trata al otro antirreglamentariamente (*foul*), lesionándose el último al caer, no existirá responsabilidad del primero, pues su actitud conforma una incidencia ‘natural’ y ‘frecuente’ en el desarrollo del deporte futbolístico. Las reglas de juego no son normas legales cuya infracción importe antijuridicidad (arts.

1.066, 1.109, etc.), sino que son reglas de actuación de los jugadores sancionables en el ámbito deportivo<sup>172</sup>.

Quien tiene conocimiento de la práctica del fútbol, o cualquier otro deporte, sabe bien que en todo partido se producen –casi inevitablemente– numerosas infracciones, y que es usual que de ellas resulten lesionados uno o varios jugadores. Cuando tales infracciones no pasan de lo normal, quedan cubiertas por la ‘licitud’ dimanante de la aquiescencia estatal.

El desconocimiento de esa realidad, conduciría, fatalmente, a la supresión de la actividad deportiva. En virtud de ello, el deber de responder por las lesiones deportivas tiene origen en los siguientes casos:

a) cuando existe una acción ‘excesiva’ que viola grosera y abiertamente el reglamento del juego<sup>173</sup>;

b) cuando existe intención de provocar el resultado dañoso, sea durante el desarrollo del juego o bien cuando éste se encuentra detenido<sup>174 175</sup>.

En un fallo dictado por el máximo tribunal bonaerense, en el cual se debatió la responsabilidad de una institución que brinda el espacio para la práctica deportiva, se dijo en torno a la responsabilidad que puede caberles a entidades como la demandada, en lo que hace a la responsabilidad derivada de una obligación de garantía asumida por ésta:

Dijo el *a quo*: ‘...si bien la obligación de seguridad existe para las entidades que toman a su cargo a los menores o que organizan este tipo de encuentros, la misma lo es respecto de la custodia de los chicos en sus desplazamientos y en su permanencia en los distintos lugares donde recalán, pero no en orden a las contingencias propias del juego cuando están en actividad dentro de la cancha, las cuales además de asumidas por los

---

<sup>172</sup> Del voto del Dr. Ojea Quintana en CNCiv., Sala “I”, 23/12/2003. “Santero, Fernando F. c/ Lobato, Juan G.”, JA-2004-II, fascículo n° 9, p. 66-67.

<sup>173</sup> Por ejemplo la acción analizada en CCiv.Com. Sala I de Mar del Plata, 01/07/2010. “Pizzo, Roberto c/ Camoranesi, Mauro s/ ds. ps.”, MJ, MJJ56542. Para más detalles del caso, ver la cita efectuada en el Capítulo X, punto 3).

<sup>174</sup> CCiv.Com. de Mercedes Sala I, 09/10/2008. “Sfoggia, María M. c/ Provincia de Mendoza (*rectius* Buenos Aires) y otros s/ ds. ps.”, LL (online), AR/JUR/10885/2008. Para más detalles del caso, ver el análisis efectuado en el punto 1) de este Capítulo.

<sup>175</sup> CNCiv., Sala “I”, 23/12/2003. “Santero, Fernando F. c/ Lobato, Juan G.”, JA-2004-II, fascículo n° 9, p. 66-67.

participantes, aunque previsibles resultan inevitables para los organizadores por constituir un alea que resulta inherente e inseparable de esa práctica deportiva específica -art. 514 Cód. Civ.- (...) <sup>176</sup>.

En sentido similar, tiene dicho Rezzónico que

La irresponsabilidad en los accidentes deportivos, resulta de la concurrencia de diversos elementos: la licitud del juego o deporte mismo; el consentimiento de la víctima para exponerse y someterse a los riesgos inherentes al deporte que practica; la ausencia de dolo, culpa u otra circunstancia que comporte la responsabilidad del autor del daño; y finalmente la observancia de las reglas, pragmáticas o cánones del juego o deporte de que se trate. (1961, p. 1.529)

Retomando el análisis del fallo del tribunal cimero bonaerense, allí se ha reiterado que la práctica del fútbol es una actividad lícita que entraña ciertos riesgos. Por lo tanto, quien practica este deporte y recibe un pelotazo que le ocasiona un daño durante el desarrollo normal del juego, "(...) no puede reclamar indemnización, no porque hubiera aceptado los riesgos, sino porque la actividad en que el juego consiste es lícita y no se trata de un riesgo extraordinario (...) "<sup>177</sup>.

Sin perjuicio de compartir la solución propuesta, nos parece que no se debe pasar por alto un aspecto tan importante cuando se habla de lesiones en ocasión del deporte, como lo es la asunción del riesgo que esa participación trae aparejada. A ello dedicaremos el punto siguiente.

#### **4) Asunción de riesgos**

##### **A) Generalidades**

Señala Dillon (2005) que

La *acceptation des risques*, la *assumption of risks doctrine* o la teoría de la aceptación de los riesgos se ubica dentro de la

---

<sup>176</sup> S.C.J.B.A., 09/06/2010. "G. E. O. y otro c/ Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s/ ds. ps.", MJ, MJJ56766.

<sup>177</sup> Del voto que había dejado proyectado Roncoroni y que Kogan hace suyo en S.C.J.B.A., "G. E. O. y otro c/ Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s/ ds. ps.", del 09/06/2010, MJJ56766.

temática de los actos ilícitos y, en particular, respecto de aquellos que resultan atribuibles al riesgo creado en la utilización de la cosa o a los beneficios que se siguen de dicho uso (responsabilidad objetiva), como también por la participación en actividades riesgosas.

Esta figura, carente de recepción normativa, fuente de variadas y disímiles interpretaciones, ha sido presentada de diferentes maneras. De las clasificaciones dadas, mencionaremos los más desarrollados doctrinariamente.

Para algunos, configura un eximente de responsabilidad de carácter autónomo. Otros, en cambio, consideran a la aceptación del riesgo como una causa para invertir de la carga de la prueba. Una tercera postura, entiende que tiene la virtualidad de descartar la atribución a título de riesgo creado, colocando a la víctima en la necesidad de probar la culpa del autor del daño. También ha sido tratada como una causa de justificación junto con el consentimiento del damnificado. Finalmente, hayamos a quienes consideran que se haya imbuida en el género “hecho de la víctima” (Dillon, 2005, p.1.422; Muller, 2006, p.132; Prevot, 2010, pp.94-96).

De la reseña que efectúan los autores citados respecto de las diferentes definiciones que reconocidos juristas han dado a la figura, podemos entender que hay asunción de riesgos cuando alguien decide participar de una actividad determinada a sabiendas de que de ello implica un peligro y que de su intervención podría derivar la producción de un daño a su persona.

Para quienes admiten su procedencia, en estos casos el damnificado, lejos de cumplir un papel pasivo, se hace cargo del riesgo al consentir, de manera voluntaria y libre (expresa o tácita agregamos nosotros), las posibles consecuencias peligrosas de la actividad que encara.

La figura ha sido recogida en un fallo que ha dicho respecto de este tema que, en caso de daños sufridos en la práctica de deportes y juegos

peligrosos, debe tomarse en consideración la circunstancia de la asunción del riesgo por la víctima<sup>178</sup>.

## **B) Su aplicación al deporte**

Es principio general que, en tanto se trate de un deporte que es ejercido voluntariamente por quien resulta damnificado, ello le propone asumir las consecuencias del peligro natural de la actividad desplegada, y que fue quien decidió exponerse al riesgo. No obstante, corresponde discriminar los daños que puede asumir el deportista de aquellos que resultan ajenos al desarrollo del ejercicio de la actividad y que no se generan en la propia práctica del deporte dentro de los reglamentos de la disciplina, es decir que son externos al ejercicio. Así, sólo hay asunción del riesgo en la medida y límite del ejercicio regular del deporte a practicar<sup>179</sup>.

Concordantemente con lo expuesto, Trigo Represas y López Mesa han señalado que

el consentimiento de participar en una justa deportiva con riesgos implícitos y conocidos obraría de tal modo como una causal de excusación de la ilicitud del acto dañoso para algunos y como causa de justificación del daño para otros autores, siempre que esos daños se hubieran producido mientras se practicaba el deporte bajo las reglas del mismo y que tal práctica deportiva estuviera autorizada por el Estado; y, además, que no pueda reprocharse al club o ente organizador del evento una culpa o defecto en cuanto a la seguridad de las instalaciones o modalidades de la competición. Ello, pues si existiese una intensificación del riesgo por la provisión de instalaciones inadecuadas o el uso de cosas riesgosas o viciosas, la aceptación del riesgo por el deportista no excusaría la responsabilidad del organizador de la competencia. (2005, p.793)

La teoría de la aceptación del riesgo suele utilizarse mucho en los casos de daños sufridos por quienes aceptaron participar en deportes riesgosos. Al

---

<sup>178</sup>CCiv.Com.Fed. Sala 2ª, 14/07/1978. "Gallipoli Illanes S. c/ Gobierno Nacional", ED 85-259.

<sup>179</sup> CNCiv. Sala "C", 08/08/2006. "Caballero, Ivana M. c/ Aisemberg, Jacinta M. y otro", JA 2006-IV, fascículo nº 7, pp. 80-81.

participar en ellos, la víctima –aún siendo menor<sup>180</sup>- acepta y presta su consentimiento a la posibilidad de recibir lesiones y perjuicios patrimoniales. Sin embargo, debe distinguirse entre los riesgos que son propios de la actividad y aquellos que incorpora en forma negligente o dolosa algún participante, asistente o el organizador.

Como apunta López Herrera (2006),

(...) el alumno asume los riesgos ordinarios de la práctica que quiere aprender, el instructor no se obliga, a toda costa, a devolverlo sano y salvo, sino a observar la prudencia para lograrlo, teniendo en cuenta que las caídas o golpes normales de la práctica los soporta la víctima. Como dicen los Mazeaud, '¡El que quiere aprender equitación no tiene la pretensión de no rodar nunca!'..."<sup>181</sup>.

Pero cuando la disciplina se practica en el ámbito de un club o actividad federada, algunos consideran que debe apartarse de las pautas precedentemente señaladas. En ese sentido, Mosset Iturraspe sostuvo que

No es jurídicamente aceptable sostener que el deportista (...) <sup>182</sup>, actúa "a su riesgo" y, menos aún, calificar al daño sufrido como "autodaño", o perjuicio causado a si mismo u originado en la denominada "culpa de la víctima". Es frecuente que los deportistas sufran lesiones durante el ejercicio de su quehacer específico: caídas, torceduras, en las extremidades o en otras partes del cuerpo. Y ello acontece sin ninguna negligencia, imprudencia o impericia. No media la intención de dañarse a si mismo o una cierta torpeza en la actuación (...).

---

<sup>180</sup> CCiv.Com. de Junín, 01/03/2011. "Minguilla Bernardo c/ Club Social Cultura y Deporte de Chacabuco s/ ds. ps.", *IJ*, IJ-XLIII-299. En el caso se trató de un menor que practicaba rugby en un club, quien sufrió una lesión sin que se invocara en la demanda que en su producción hubiese tenido participación activa algún otro jugador -del equipo competidor o propio- o cosa generadora de riesgo. Ergo, la demanda fue rechazada.

<sup>181</sup> También podríamos decir, que quien quiera aprender a nadar no puede pretender no sumergirse y, eventualmente, tragar un poco de agua. Sin embargo, ante esa circunstancia, existen antecedentes de condenas al establecimiento educativo aunque, bueno es señalarlo, por montos muy reducidos, ver. CNCiv. Sala H, 09/05/2006. "Benchimol, Gabriela L. y otro c/ Colegio Esteban Echeverría SAE y otros s/ ds. ps.", *LL* (online), AR/JUR/4779/2006.

<sup>182</sup> En el caso, se trató de la lesión sufrida por un jugador de básquet de categoría infantil, federado por el Club demandado, sin que hubiera habido intervención de un tercero o cosa.

(...) la obligación de seguridad cubre necesariamente –pues todo distingo resulta caprichoso- el daño que un deportista causa a otro, o que se origina en cosas, o animales, o en el hecho de la propia institución, como así también el daño sufrido con motivo o en ocasión del deporte que el Club “encarga”, “controla” o “dirige. (2008, p.5)

En esa misma línea de pensamiento se expidió de Lázari, en un caso en el que se analizaba la responsabilidad de un club barrial por un pelotazo sufrido por un niño de 12 años durante un partido de fútbol. Decía allí el magistrado platense, que el menor representaba a su club en una justa deportiva programada por la referida entidad. Por eso, sostuvo que actuaba bajo sus órdenes, debiendo acatar el horario de juego, lugar donde debía concurrir a jugar, reglamentos que debía acatar, subordinación técnica que debía aceptar. De ahí que afirmó que en esos casos, en la selección, preparación y control de los jugadores interviene el club, razón por la cual cabe calificar al socio jugador como dependiente del mismo. Incluso, dijo que pese a no ser un jugador profesional, ni percibir remuneración, "(...) la índole de la relación es parecida y, en ambos casos, se trata de una persona que pone todo su empeño y esfuerzo en la defensa efectiva de los intereses deportivos del club que representa (...)"<sup>183</sup>.

Por su parte Müller, siguiendo a Zavala de González, sólo admite la aceptación de riesgos cuando la víctima haya aceptado la participación en una actividad que implique un peligro anormal o extraordinario, pues es recién ahí, que el caso se aparta del riesgo creado y se sumerge en el ámbito del hecho de la víctima. Para él, en consonancia con Mosset Iturraspe, el consentir la posibilidad de sufrir un daño al propio cuerpo es (salvo lesiones insignificantes o actos médicos previstos por ley), inmoral; y por lo tanto, su aceptación resulta sin valor ni eficacia alguna. (2006, pp.142-3)

---

<sup>183</sup> Voto del Dr. De Lázari en S.C.J.B.A., "G. E. O. y otro c/ Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s/ ds. ps.", del 09/06/2010, MJJ56766.

Anticipamos nuestro firme desacuerdo con aquellos autores que, como los citados precedentemente, intentan asimilar a los niños y jóvenes que practican un deporte en forma *amateur* en el ámbito de una institución que pone a su servicio la organización para que así puedan hacerlo (abonen o no una cuota por ello y se encuentren o no federados), con aquellos que lo hacen en forma profesional.

Si posturas como las expuestas llegaran a primar, más le valdría entonces a la mayoría de los clubes que con gran esfuerzo, pocos ingresos y un gran peso de responsabilidad, brindan un espacio de contención y desarrollo en el ámbito deportivo (también social y cultural), cerrar sus puertas y dejar librado el juego a la práctica en parques o plazas y a las grandes instituciones que puedan contratar los servicios de aquellos jugadores que presenten las mejores condiciones.

En estos casos, (aun con algunas salvedades a su aceptación absoluta en la forma que ha sido propuesta) nos inclinamos por acoger el espíritu de las apreciaciones volcadas hace ya varios años por Mazzinghi (h), cuando señalaba que mediante esta figura puede alcanzarse una aplicación más flexible y más justa de la responsabilidad objetiva (1978, p.875). O, desde otro eje, a lo que en forma más reciente ha señalado Prevot (2010) (volviendo a los orígenes de la regulación de los accidentes deportivos), cuando expone que en casos de daños causados durante el desarrollo de ciertas prácticas deportivas como el rugby, la asunción de riesgos es irrelevante, porque existe como punto de partida una actividad lícita en la que los daños son contingencias habituales y que, por lo tanto quedan, en principio, al margen de toda relevancia jurídica. (pp.104)

Por eso, nos parecen mucho más acertadas, razonables y justas, las apreciaciones que sobre el tema expuso una camarista civil capitalina en un fallo dictado en tiempos cercanos a la elaboración de este trabajo, y que a continuación analizaremos.

### **C) Su reconocimiento en la jurisprudencia**

#### **a) “Pucheta, Valentín Ángel y otros c/ Club Atlético River Plate s/ ds. ps.”<sup>184</sup>**

En cuanto a la asunción del riesgo por parte del jugador, la Sala “I” de la Cámara Civil dijo en el caso “Pucheta”<sup>185</sup>, que no comparte

(...) la postura que se sostiene en la decisión recurrida en punto a que sólo frente a deportes caracterizados por la violencia y extrema aptitud dañosa como los de combate pueda hablarse de asunción del riesgo por parte del deportista. Lo que ocurre, en todo caso, es que los deportes más extremos determinarán, como es lógico, la asunción de riesgos mayores que los que no revisten esa característica.

Es que no puede desconocerse que toda actividad humana acostumbra a generar una probabilidad, mayor o menor, de sufrir un accidente. Pero en algunas circunstancias existe una inclusión voluntaria y deliberada del perjudicado dentro de un ámbito particularmente riesgoso, lo que modifica radicalmente el tratamiento de la imputación objetiva de responsabilidad. Por eso se ha dicho, que la exposición voluntaria a riesgos excepcionales modifica la situación fáctica poniéndolo en el ámbito del hecho de la víctima. (Müller, 2006, p.131)

En el supuesto del deporte, éste suele implicar una actividad fundamentalmente física, con finalidad recreativa o competitiva. Es evidente por tanto que, al entrañar una actividad física, el riesgo genérico de sufrir accidentes aumenta (Verdera Server, 2003, p.3).

Por eso Piñeiro Salguero ha sostenido que, en general, los deportistas asumen las lesiones que sean consecuencia de una acción permitida por las normas que rigen el deporte del que se trata, y también de aquellas otras que aunque constituyan infracciones, son inherentes al deporte debido al ímpetu de sus participantes en su desarrollo. (2006, p.12) De allí que no se advierte que

---

<sup>184</sup> CNCiv. Sala “I”, 04/08/2009. “Pucheta, Valentín Ángel y otros c/ Club Atlético River Plate s/ ds. ps.”, *elDial*, AA5D9A.

<sup>185</sup> Del voto de la Dra. Castro.

sólo una “práctica violenta” del deporte sea susceptible de generar daño a los deportistas, los que aún pueden derivar de una práctica normal.<sup>186</sup>

El mismo autor, en un trabajo anterior, señaló que en los deportes de riesgo bilateral los deportistas asumen riesgos no sólo de posibles caídas o accidentes por sí solos sino además de choques o encontronazos entre los deportistas con los que entran en contacto físico en una actividad -el deporte- que es competitiva<sup>187</sup>. (2005, p.36)

En sintonía con lo expuesto por Salguero, dijo Castro en el fallo en cita<sup>188</sup>, que

Debe partirse de que sólo se asumen los riesgos inherentes, típicos o habituales del deporte concreto y no obstante que el daño resulte de una infracción, en la medida en que ésta sea normal en la práctica del deporte debido al ímpetu de los jugadores. La cuestión, claro está, consiste en determinar cuándo el comportamiento generador del daño puede considerarse como habitual o normal en la modalidad deportiva de que se trata. En lo que al fútbol se refiere se ha señalado que el hecho de que dos jugadores rivales choquen al disputar una pelota –tal el caso de autos- es un lance del juego que debe asumir el deportista lesionado (op. y loc. cit. y jurisprudencia citada en el capítulo 4.2.1., dedicado específicamente al fútbol)<sup>189</sup>.

Luego de reseñado el marco de la figura analizada, la juez referida acierta en el análisis de una cuestión que muchas veces es soslayada y que, cada vez más, advertimos en los procesos. Nos referimos a la escueta, incierta

---

<sup>186</sup> Con el siguiente ejemplo ilustra la situación: “(...) El riesgo de ser golpeado por el lanzador es un riesgo inherente al béisbol, por tanto, esta reclamación encuentra su límite en la asunción primaria del riesgo. Todo bateador conoce la posibilidad de recibir un pelotazo del lanzador a más de 100 millas por hora, lo que puede ocasionar serias lesiones e incluso la muerte”. (p.7)

<sup>187</sup> Y da este ejemplo: “si en un partido de fútbol un jugador zancadillea a un rival al intentarle quitar el balón, está infringiendo la normativa deportiva y puede ser sancionado con tarjeta amarilla o roja atendiendo a la gravedad de la entrada, pero casi siempre se apreciará asunción del riesgo, al ser éste un comportamiento usual en el fútbol”.

<sup>188</sup> CNCiv. Sala I, 04/08/2009. “Pucheta, Valentín Ángel y otros c/ Club Atlético River Plate s/ ds. ps.”, *elDial*, AA5D9A

<sup>189</sup> En igual sentido, ver CCiv.Com. de Córdoba, Sala 8ª, 01/03/2001, “Zárate, Gustavo F. c/ Asociación Cordobesa de Fútbol y otros s/ ordinario”, LL (online), AR/JUR/1083/2001.

y, en no pocas ocasiones, temeraria redacción de los hechos en las demandas por daños y perjuicios.

En efecto, es cada vez más frecuente encontrarnos frente a escritos postulatorios en los que tan sólo se indica la fecha, el lugar del hecho y la intervención de las partes, soslayando todo tipo de circunstancias que resultan determinantes para desentrañar lo realmente sucedido. Lógicamente, de no poder demostrarse la mecánica de los hechos, con la existencia del daño y un factor de atribución objetivo bastará para obtener una indemnización. Tal vez por ello, es común que se omitan referencias a terceros intervinientes en el suceso, que se mencione un control sobre personas o cosas inexistente o, peor aún, se tergiverse la dinámica de los acontecimientos.

Circunstancias como las expuestas no le pasaron inadvertidas a la magistrada en el caso que aquí comentamos, pues dijo allí que

(...) en la demanda sólo se ha referido que “nuestro hijo sufre un accidente” sin indicar mínimamente la forma en que habría ocurrido. No obstante de la declaración testifical de Caldas Almeida (fs. 176/7) resulta que “tuvo un accidente, chocó con un jugador contrario a la salida del arco”, accidente que el testigo presenció porque “estaba en línea recta a la jugada a la salida del área grande” (cfr. respuesta a pregunta cuarta). Es a mi juicio evidente que tal tipo de choque entre un arquero de fútbol y un jugador contrario es un accidente habitual en el deporte que practicaba el actor, extremo que éste y sus padres no podían desconocer. En este sentido cabe recordar que –como se indica en la decisión recurrida- el actor nació en el mes de noviembre de 1983 (partida que en copia obra a fs.1); fue inscripto en la A.F.A. por otro club en marzo de 1994, cuando contaba con diez años de edad; solicitó su transferencia a River en marzo de 1996, a los 12 años y padeció el accidente en mayo de 1997, a los 13 años (cfr. fs. 314). Los padres del actor no podían entonces desconocer los riesgos concretos de padecer accidentes típicos y habituales del deporte que hacía ya más de tres años practicaba su hijo. Y es el carácter habitual de este tipo de accidentes –no del daño producido- el que determina que el riesgo deba ser asumido por el jugador (Rafael Verdera Server) o, si se quiere, que no puede exigirse al club, con buena fe (art. 1.198 del Código Civil), que lo evite<sup>190</sup>.

---

<sup>190</sup> CNCiv. Sala “I”, 04/08/2009. “Pucheta, Valentín Ángel y otros c/ Club Atlético River Plate s/ ds. ps.”, *elDial*, AA5D9A.

**b) "G. E. O. y otro c/ Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s/ ds. ps."**<sup>191</sup>

En sentido similar, aunque con intervención directa de una cosa (pelota) y no una persona (jugador), fue acertada también la decisión del máximo tribunal de la Provincia de Buenos Aires en el caso "G. E. O.", en el cual, por mayoría, rechazó un reclamo por un accidente deportivo. El tribunal *a quo*, había señalado que lo que ocasionó el daño no fue la pelota de fútbol utilizada fuera del partido de modo impropio, sino esta última puesta en juego dentro del desarrollo regular de la contienda deportiva. De ello se sigue, que aquella pierda el carácter de cosa jurídicamente riesgosa en tanto forma parte de los elementos aleatorios en su desplazamiento constitutivos del juego e inseparables de él, asumidos por el jugador en forma personal e indelegable.

En sus fundamentos, Kogan expresó con profunda simpleza y claridad, que si bien el daño derivó del impacto de la pelota ("cosa") en el ojo izquierdo del menor, no se trató -en la especie- de una cosa viciosa o riesgosa, pues la lesión provino del riesgo normal que genera la pelota en el desenvolvimiento de un partido de fútbol, cuya práctica se desarrollaba regularmente y para la cual el menor había sido autorizado por sus padres.

Además, se tuvo en consideración allí que no se acreditó anomalía alguna en el desarrollo de la práctica deportiva, pues no se jugaba en un lugar impropio y tampoco se acreditó que el balón no fuera el reglamentario. En razón de lo expuesto, sólo cabía concluir que el daño derivó de las contingencias propias del juego al poner en movimiento la pelota dentro de la cancha, máxime teniendo en cuenta que el menor se desempeñaba como arquero.

En refuerzo de lo expuesto, y en un todo de acuerdo con otros precedentes y doctrina que ya mencionamos, se reiteró allí que

---

<sup>191</sup> S.C.J.B.A., 09/06/2010. "G. E. O. y otro c/ Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ56766.

En todo partido de fútbol los jugadores se exponen a los riesgos propios de esa práctica deportiva que muchas veces derivan en lesiones. Cuando tales lesiones provienen del riesgo normal que imponen las reglas del juego, ellas quedan cubiertas por la "licitud" del mismo<sup>192</sup>.

Por nuestra parte, coincidimos con quienes sostienen que una cláusula de aceptación de riesgos sólo podría producir efectos jurídicos si se da en el marco de un contrato y en tanto integre, efectivamente, el acuerdo (expreso o tácito) de voluntades y no tenga por objeto liberar al deudor de su responsabilidad proveniente de actos intencionales o negligentes de su parte o dependientes.

#### **D) La cuestión en E.E.U.U.**

En ese sentido, es por demás interesante agregar en este capítulo los antecedentes del derecho estadounidense que Dillon (2005) presenta en el estudio ya citado al comenzar este apartado.

Señala allí, que en el *common law* estadounidense a la doctrina de la aceptación de los riesgos (*the assumption of risks doctrine*) se la considera como una de las defensas que el demandado puede alegar en las acciones de daños (junto con la concurrencia de culpas), y que supone que quien demanda sabía, conocía o podía apreciar o entender el riesgo razonable o probable que enfrentaba y que aun así, voluntariamente, eligió exponerse al peligro o dio su expreso consentimiento para relevar al demandado de una obligación para con él.

Luego, trae a colación la distinción que algunos Estados (vgr. Washington), realizan entre la asunción de los riesgos primaria y secundaria. Señala que la primaria (*primary assumption of risk doctrine*) se da cuando quien demanda, expresa o implícitamente, libera al demandado de una obligación o un deber que tenía para con él, ocasión en la que la aceptación del riesgo frenará o será un barrera para la demanda de daños. En estos casos, el

---

<sup>192</sup> S.C.J.B.A., 09/06/2010. "G. E. O. y otro c/ Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s/ ds. ps.", MJ, MJJ56766.

factor más importante para que se aplique la doctrina será el conocimiento que el demandante tiene del riesgo específico que va a afrontar.

En ese ámbito, la Corte de Apelaciones de Minnessota señaló que para que la *primary assumption of risks defense* pueda obstruir la procedencia de la demanda se deberán demostrar tres elementos: a) que la víctima o damnificado entiende o conoce b) la presencia y naturaleza del riesgo y c) que voluntariamente fue a su encuentro<sup>193</sup>.

Como se dijo, esta clase de asunción del riesgo puede ser expresa, cuando las partes le dieron forma de cláusula de exclusión de responsabilidad escrita, o implícita, en los casos en que se trate de riesgos inherentes y necesarios del deporte o actividad que el damnificado esté realizando. En los capítulos finales volveremos sobre este punto en particular.

No desconocemos que reconocidos autores entienden que resulta inadmisibles que las personas firmen contratos mediante los cuales puedan desligar de responsabilidad por los posibles daños a quienes dirigen, administran o explotan una actividad. No obstante, creemos que el error parte de entender que esas cláusulas podrían ser aplicables en cualquier caso, cuando lo cierto es que sólo sirven para excusar los daños que razonablemente pueden acontecer durante el desarrollo de la actividad realizada en condiciones de seguridad reglamentarias y que, aún previsibles, resultan imposibles de evitar.

Se trataría de una suerte de consentimiento informado que obliga a quien propone la actividad a prestarla en condiciones seguras, a la vez que lo protege de reclamos por los daños que pudieran surgir por los riesgos propios de la misma. Por otra parte de no aceptarlos quien desea participar en ella, derivaría en su exclusión o en un encarecimiento desmedido del precio para hacerlo.

---

<sup>193</sup> "Hiller v. Huyck", Minnesota Court of Appeals, 2/2/1996, en [www.law.utexas.edu/dawson/cases/ground](http://www.law.utexas.edu/dawson/cases/ground); citado por DILLON, Tomás M., ob. cit.

Retomando la clasificación del derecho estadounidense que nos acerca Dillon, la *secondary assumption of risk* se dará cuando la víctima conoce o demuestra conocer o entender el riesgo que fue creado por negligencia del demandado y elige voluntariamente ir a su encuentro. La diferencia con la primaria está dada en que la secundaria no puede ser consensuada ni tiene por efecto eliminar sino reducir la responsabilidad del demandado, es decir que habrá concurrencia de responsabilidades<sup>194</sup>.

No se puede negar que esta doctrina, en su primera expresión *-primary assumption of risk-*, se aplica con extremada cotidianeidad en los casos de daños producidos en el deporte, principalmente en aquellos que son considerados "extremos" ("*x-games*"), o en los que los participantes se someten a mayores riesgos. En este contexto, la asunción del riesgo, significa que si voluntariamente se participa en un deporte que posee riesgos inherentes y ciertos, y de ello resulta algún daño, el futuro reclamo no debería ser viable<sup>195</sup>.

Al respecto, algunos estados tienen leyes (*Acts*) especiales que definen los tipos de riesgos inherentes específicos de cada actividad que legislan y por

---

<sup>194</sup> Ejemplifica lo expuesto un precedente que el autor cita en su trabajo, extraído del fallo "*Terra Sheppard v. Midway R-I School*", *Court of Appeals of Missouri, Western District*, 30/5/1995, en [www.biotech.law.lsu.edu](http://www.biotech.law.lsu.edu), caso en el que una estudiante que integraba el equipo de salto en largo de una escuela sufre daños en una de sus rodillas al aterrizar después de un salto. Allí se consideró aplicable la *secondary assumption* porque había existido negligencia por parte de la escuela demandada al preparar la plataforma donde debían aterrizar los competidores, por lo que se concluyó que había concurrencia de culpas (*comparative negligence*).

<sup>195</sup> Dillon nos acerca numerosos fallos que dan cuenta de lo señalado, de los cuales sólo traeremos a colación los hechos. A) un tenista es lesionado por otro que había decidido practicar su saque cuando ya había terminado el entrenamiento; B) una nadadora integrante del equipo de natación de su secundaria a quien el entrenador le había informado que debía practicar salto sufrió daños durante una práctica, los que fueron considerados derivados de riesgos inherentes al deporte que había elegido practicar; C) una persona que trabajando como identificador de caballos de carrera en un hipódromo recibió la patada de un animal, riesgo inherente a dicha actividad que era conocido por el demandante; D) un individuo es pateado por un novillo mientras participaba de un rodeo; E) un espectador de una carrera de vehículos para la nieve que aceptó el riesgo de pararse a mirar el espectáculo en un lugar que no tenía protección fue lastimado por un corredor que se salió de la pista; F) espectador de un partido de baseball que estaba sentado en un asiento fuera del área de protección y es golpeado por una pelota bateada.

los que los organizadores de esa actividad o deporte no deberán responder frente al participante, como, por ej., el *Sky Act* y el *Equine Act* de Colorado. Otros, como Wyoming, legislan respecto de todas las actividades recreacionales en una norma -*Wyoming Recreation Safety Act*- que posee definiciones genéricas de los riesgos inherentes sin especificar por actividades<sup>196</sup>.

Si bien es cierto que el organizador no responderá por aquellos riesgos que, como dije, sean inherentes o propios del deporte que se esté practicando por entenderse que el participante los conoce y voluntariamente los ha aceptado, también lo es que aquél tiene la obligación de no incrementar dicho riesgo o peligro, por ej., proveyendo equipos no aptos para el nivel del participante<sup>197</sup>, deficientes<sup>198</sup>, o reservándose información<sup>199</sup>. (Dillon, 2005)

Por último, creemos oportuno señalar que sí podrá ser invocada por el demandado, aun cuando éste haya tenido en algún sentido el control de la situación o estuviese en una mejor posición respecto del demandante para prevenir los daños que éste sufrió.

---

<sup>196</sup> "Inherent risks of recreational activities - Lawsuits dismissed", en "Law Quarterly - Outdoor education and recreation", en [www.lawquarterly.com](http://www.lawquarterly.com), citado por DILLON, Tomás M., ob. cit.

<sup>197</sup> "Carter v. Holiday Ice Skating Ctr.", California Court of Appeal, del 15/10/1998, comentado en "Two cases discuss primary assumption of the risk", en "Appellate decisions noted", Appellate Counsellor Home page, [www.appellate.counselor.com](http://www.appellate.counselor.com): es el caso de un patinador inexperto que demanda a un centro de patinaje en el que se consideró que, al proveerle un equipo no acorde con su nivel de principiante, había incrementado el riesgo propio de la actividad.

<sup>198</sup> "Bjork, Brian v. Mason, David M.", California Court of Appeals, First District, del 11/1/2000, comentado en el Weekly Law Resume del 27/1/2000, publicado en [www.lowball.com](http://www.lowball.com), fallo sobre un accidente durante una práctica de esquí acuático, en el que se consideró que el demandado no podía alegar la asunción del riesgo por parte del demandante porque había incrementado el riesgo al proveer una soga que por presentar una deficiencia se soltó, golpeando al deportista en un ojo.

<sup>199</sup> "Hiller v. Huyck", Minnesota Court of Appeals, 2/2/1996, en [www.law.utexas.edu/dawson/cases/ground](http://www.law.utexas.edu/dawson/cases/ground), caso en el que se decidió que el dueño de un caballo que había pateado a quien le estaba poniendo herraduras no podía invocar la doctrina en cuestión como defensa, pues le habían dicho que el equino acostumbraba patear y no lo había informado al demandante.

### **E) Su validez en el supuesto analizado**

De lo expuesto hasta aquí, concluimos que si bien la teoría de la asunción de riesgos que justifica la exención de responsabilidad es cuestionable en otros aspectos de la vida cotidiana, cuando se trata de la participación en actividades deportivas es una parte esencial de la actividad.

Son acertadas las voces que la ligan íntimamente con el análisis de la culpa (hecho) de la víctima, pues su aceptación implica considerar que el damnificado ha voluntariamente admitido insertarse en una situación de riesgo.

Pero también puede estrechamente vincularse con el caso fortuito. Es que al consentir la participación en una actividad cuyos riesgos se conocen (y enfatizamos una vez más: y dadas las condiciones de seguridad adecuadas para su desarrollo), el daño que pudiera provocar una acción normal dentro del marco del juego/deporte, deberán ser circunscriptas en la órbita del *casus*, no por su imprevisibilidad, sino por su inevitabilidad.

Ese es el álea que asume cualquier deportista que decide participar en un encuentro, competitivo o no. Quien no esté dispuesto a aceptarlo no deberá participar o será prontamente excluido.

Sin embargo, cabe señalar que se ha dicho que "(...) la responsabilidad objetiva que el art. 1.117 del C.C. contempla traslada la asunción del riesgo al establecimiento educativo, que sólo puede eludir su responsabilidad si demuestra que el hecho se produjo por caso fortuito (...)"><sup>200</sup>. Ello en la inteligencia de que las lesiones que podrían derivar de una actividad deportiva son inherentes al riesgo de la "empresa educativa".

---

<sup>200</sup> CCiv.Com. de Mercedes Sala I, 09/10/2008. "Sfoggia, María M. c/ Provincia de Mendoza (*rectius* Buenos Aires) y otros s/ ds. ps.", LL (online), AR/JUR/10885/2008.

Entonces, corresponde establecer que este riesgo o peligro que se "asumiría" es también una cuestión de hecho, que dependerá de cada deporte o actividad. Además, a todo evento, se asumen los riesgos "ordinarios" o previsibles en la actividad de que se trate. De más está decir que no estamos hablando del riesgo como factor objetivo de atribución de responsabilidad, sino de cómo ponderar la potencialidad dañosa de ciertas actividades. (Fernández Puentes y Vega, 2010)

Es que, para nosotros, esa asunción de riesgos debe entenderse como el compromiso de adoptar todas las medidas razonablemente posibles para que la actividad se desarrolle en condiciones de seguridad adecuadas y dentro de las normas y pautas que rigen la actividad en ejecución<sup>201</sup>. Más ello no implica que asuma la responsabilidad por todas las consecuencias dañosas que pudieran acontecer. De lo contrario, se llegaría al absurdo de entender que esa asunción de riesgos podría implicar hasta la renuncia a invocar el caso fortuito, pues todo daño sufrido en ocasión de la instrucción ha sido asumido por el titular del establecimiento como riesgo propio de su "empresa". Ni es lo que dispone la ley, ni es lo que debe asumirse.

---

<sup>201</sup> Un sintético y preciso análisis del tema realiza (Charlin, 2005), al comentar el pronunciamiento de primera instancia en los autos "B. S. J. G. c. Unión Cordobesa de Rugby y otro", LLC 2005 (septiembre), p.892.

## CAPÍTULO X

### EL DEPORTE ESCOLAR

#### **1) Algunas consideraciones previas**

Profundizaremos en este capítulo el análisis de lo que acontece en el la órbita del centro de nuestro análisis: los establecimientos escolares.

Según vimos hasta aquí, el artículo 1.117 del Código Civil establece un régimen de responsabilidad objetiva, con una sola causal eximente: el caso fortuito; y la obligación de contratar un seguro. Entonces, sobre la intención del legislador de objetivar la responsabilidad, ninguna duda puede presentarse.

Coincidimos con la noble intención de dar una mayor protección a la víctima, en todo cuanto importe un razonable mecanismo para equiparar a las partes contratantes y en cuanto se oriente a un desarrollo más seguro de la actividad. Pero, reiteramos, no estamos de acuerdo en convertir al régimen legal en una suerte de condena anticipada sobre quienes proponen una actividad, por cualquier cosa y a cualquier precio<sup>202</sup>. Tanto más tratándose del supuesto específico que aquí analizamos.

Tampoco, podemos soslayar que al Estado le interesa que se desarrollen actividades deportivas e, incluso, que se incremente su volumen actual.

Así lo estableció en el ámbito nacional la ley n° 20.655<sup>203</sup> (y sus modificatorias), al sustituir la antigua ley n° 18.247. De sus disposiciones, nos parece oportuno traer aquellas que refuerzan la importancia de la práctica deportiva que aquí sostenemos. En su primer artículo, establece que el Estado

---

<sup>202</sup> Si lo que se pretende es que siempre que haya un daño haya una reparación, sin importar qué, quién o cómo se produjo ese daño (Zavala de González, Alterini, Ámeal y López Cabana, Stiglitz, entre otros), entonces no alcanza con la reforma efectuada. Sobre este punto ahondaremos en los capítulos finales.

<sup>203</sup> B.O. 08/04/1874.

atenderá al deporte en sus diversas manifestaciones considerando como objeto fundamental:

- a) La utilización del deporte como factor educativo coadyuvante a la formación integral del hombre y como recurso para la recreación y esparcimiento de la población;
- b) La utilización del deporte como factor de la salud física y moral de la población;...
- e) Promoción de una conciencia nacional de los valores de la educación física y del deporte y la implementación de las condiciones que permitan el acceso a la práctica de los deportes de todos los habitantes del país y en especial de los niños y los jóvenes, considerando a la recreación como auténtico medio de equilibrio y estabilidad social;(...).

Luego, en el artículo tercero dispone que, a los efectos de la promoción de las actividades deportivas conforme a lo dispuesto en los artículos precedentes, el Estado deberá, por intermedio de sus organismos competentes:

- a) Asegurar la adecuada formación y preparación física y el aprendizaje de los deportes en toda la población, con atención prioritaria en los padres, educadores, niños y jóvenes, fomentando el desarrollo de prácticas y competencias deportivas adecuadas a los casos;...
- d) Asegurar que los establecimientos educacionales posean y/o utilicen instalaciones deportivas adecuadas;
- e) Asegurar el desarrollo de las actividades que permitan la práctica del deporte;(...).

En forma más reciente, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la ley n° 3.218<sup>204</sup> (modificatoria de la ley n° 1.624), sienta que la práctica del deporte y de actividades físico recreativas es una importante herramienta de desarrollo integral y de socialización para todas las edades, siendo fundamental en edad temprana y escolar. Por eso, y para ese beneficio alcance a todos los grupos, establece que las políticas, planes y programas deben, además, poner especial atención a las personas con necesidades especiales, adultos mayores y sectores sociales con menores ingresos.

En el artículo siguiente, dispone que la actividad deportiva y físico recreativa, como parte de la currícula de los establecimientos educacionales,

---

<sup>204</sup> Ley 3.218, B.O. 10/12/2009.

estatales y privados, debe incrementarse hasta alcanzar una disponibilidad de tiempo curricular acorde con los enunciados de la Organización Mundial de la Salud y una propuesta social de integración, tolerancia y respeto, de acuerdo con lo establecido en el resto de esa ley.

Pocas dudas pueden quedar entonces respecto de la importancia de la práctica deportiva para una formación integral de los ciudadanos y, en particular, de los niños y adolescentes.

Una última aclaración efectuaremos. Nos referiremos únicamente a los daños sufridos en ocasión de la práctica deportiva llevada a cabo durante las clases de educación física o encuentros intercolegiales. Valga la disquisición en razón de los numerosos accidentes que acontecen durante los recreos. Es que aunque las lesiones muchas veces ocurran en ocasión de juegos, no se dan en el ámbito de contención y control que imperan durante el desarrollo de una actividad deportiva.

En estos supuestos, la jurisprudencia es prácticamente unánime en el sentido de condenar a los establecimientos por la falta de vigilancia durante los recreos. Los pronunciamientos valoran que los espacios no son los indicados, que los docentes no han estado atentos, que si atentos no han impedido el daño -aunque la forma de impedirlo fuera vedar el juego-, u otras<sup>205</sup>. En conclusión, en los recreos, no más juegos en movimiento –tanto menos con balones- si es que no se quiere terminar con una sentencia adversa.

---

<sup>205</sup> S.C.J.B.A., "I., P. J. y Otro c/Dirección General de Escuelas y Cultura de la Pcia. de Buenos Aires s/ ds. ps." del 03/04/2008, IJ-XXVI-463; íd. CCiv.Com. de San Martín Sala II, "Calderón, Liliana y otro c. Instituto Educativo Casa del Sol S.R.L. s/ ds. ps." del 17/08/2004, LLBA 2005 (febrero), 116; CCiv.Com.MinasPaz y Trib. de Mendoza Sala IV, "Nuñez María Edith Raquel y Ot. c/ Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza s/ ds. ps." del 25/02/2003, [http://www.jus.mendoza.gov.ar/documental/jurisprudencia/consultas/cc\\_fallo.php?Id=8617](http://www.jus.mendoza.gov.ar/documental/jurisprudencia/consultas/cc_fallo.php?Id=8617); CCiv.Com.Lab. y de Minería de Neuquén Sala I, "F. C. y otro c/ Consejo Provincial de Educación s/ ds. ps." del 11/02/2010, MJJ55836; CCiv.Com.MinasPaz y Trib. de Mendoza Sala 3ª, "A. J. M. c/ Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza y ots. s/ ds. ps." del 07/04/2011, MJJ64529; íd. *Rubinzal-Culzoni* (on line), RC J 7840/11; entre muchos otros.

## 2) El deporte escolar

Adentrándonos ya en los últimos capítulos de este trabajo, acotaremos el marco de nuestro análisis respecto de la actividad deportiva al ámbito que específicamente elegimos: los establecimientos educativos.

Creemos oportuno señalar que el hecho de que se trate del análisis de la valoración de las escuelas o colegios no es una cuestión menor.

Sucede que, tal como se ha señalado en un fallo de la Sala "H", siguiendo a Palacios, Marchesi y Coll, la escuela es, junto con la familia, la institución social que mayores repercusiones tiene para el niño, tanto en los fines explícitos que persigue expresados en el *currículum* académico como en otros no planificados, lo que se ha dado en llamar *currículum* oculto, la escuela será determinante para el desarrollo cognitivo y social del niño y, por lo tanto, para el curso posterior de su vida. No sólo interviene en la transmisión del saber científico culturalmente organizado, sino que influye en todos los aspectos relativos a los procesos de socialización e individualización del niño, como son el desarrollo de la relaciones afectivas, la habilidad para participar en situaciones sociales, la adquisición de destrezas relacionadas con la competencia comunicativa, el desarrollo del rol sexual, de las conductas prosociales y de la propia identidad personal -autoconcepto, autoestima, autonomía- (1994, pp.289-290)<sup>206</sup>.

En el ámbito de nuestro análisis, el aspecto a tener en cuenta es el de la práctica deportiva como parte integrante de una formación completa de la persona en tanto le reporta, no sólo un estímulo físico y mentalmente saludable, sino también el aprendizaje del acatamiento de reglas, la socialización, el respeto a sí mismo, al adversario y al compañero, el esfuerzo, la autosuperación; sólo por mencionar algunos de los muchos valores que el deporte inculca.

---

<sup>206</sup> CNCiv. Sala "H", 21/06/1996. "Lyons, Rita Diana c/ Asociación Civil Colegio San Marcos (St. Mark's School) y otro s/ ds. ps.", inédito, ver Anexo 4.

Hace muchos años ya, Llambías (1973) anotaba que el deporte no sólo es una actividad lícita, sino plausible por su contribución a la formación integral del hombre, como medio de recreación y esparcimiento, y como factor de promoción de la salud de la población. Dado que todo ello redundaba en el desarrollo del potencial humano del país, que explicada así la acción de fomento del Estado encarada al sancionar la ley nº 18.247. (p.947)

Por eso, como dice Sagarna, aunque nadie duda que la actividad física implique cierto grado de peligro (y más aún cuando se desarrolla en espacios no destinados a tal fin o con elementos inadecuados para la práctica de un determinado deporte), la educación debe ser integral. Es por tal razón que en la actualidad, muchas veces hasta los jardines maternos poseen docentes especializados que promueven la actividad física entre los párvulos. (1999 (2), p.141)

Desde luego, no es nuestro objetivo justificar el desarrollo de actividades en lugares inadecuados o peligrosos, con materiales defectuosos o impropios, con grupos sin contención o control suficientes, u otros factores que tornen, objetivamente, insegura e inadecuada la práctica deportiva en esas condiciones.

Pero tal como se desprende de lo expuesto anteriormente por Sagarna, y de nuestro análisis en el Capítulo X, punto 4 de este trabajo, el factor riesgo es un elemento integrante e inescindible del deporte. Es casi impensable una actividad deportiva que no implique la posibilidad de sufrir lesión o daño alguno durante su desarrollo<sup>207</sup>. Claro que ese factor debe ser aleatorio y la probabilidad de su ocurrencia reducida a su mínima expresión en todo cuanto sea posible pues, de lo contrario, sería muy difícil poder hablar de un accidente.

---

<sup>207</sup> Tal vez, sólo podamos dejar al margen de lo expuesto al juego de ajedrez, que también es considerado un deporte.

Es oportuno recordar una vez más que, en cuanto al eximente legalmente previsto, se lo ha definido en el artículo 514 del Código Civil como el hecho que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse.

Por ello, la lógica de la norma es que si el deudor de la obligación prevé que un hecho impediendo del cumplimiento de la misma puede ocurrir, debe hacer todo lo posible para evitar llegar a esa situación, y sólo si puede hacerlo, el hecho constituirá caso fortuito<sup>208</sup>. Lo cual nos lleva a pensar que, *a contrario sensu*, si no se realizaran actividades que impliquen un riesgo, entonces se evitaría fácilmente la producción de daños.

Como también se señaló en el fallo citado en el párrafo anterior, la conclusión es preocupante, ya que conduce inexorablemente a que los establecimientos educativos, si no desean verse expuestos a responder civilmente por el daño sufrido por un alumno, directamente no les hagan realizar actividades deportivas en las que pueda haber “encuentros” físicos entre los jugadores (no solo fútbol, también rugby, básquet, hockey y otros) o actividades físicas con algún riesgo (vgr.: atletismo), lo cual es contrario a toda concepción educativa moderna, en la que el deporte se incluye en la formación integral del alumno<sup>209</sup>.

No obstante lo expuesto, y ya en consonancia con la tendencia reparadora imperante, el magistrado preopinante expuso que el eventual resultado disvalioso ha sido, evidentemente, asumido por el legislador sobre la base de que la finalidad perseguida es de orden superior. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 1.117 del Código Civil que contempla un caso extremo de responsabilidad objetivo, sólo un acontecimiento extraordinario e

---

<sup>208</sup> Voto del Dr. Ibarlucía en CCiv.Com. de Mercedes Sala I, 09/10/2008. “Sfoggia, María M. c/ Provincia de Mendoza (*rectius Buenos Aires*) y otros s/ ds. ds.”, *LL* (online), AR/JUR/10885/2008.

Sobre la voluntad legislativa respecto de la formación deportiva de los menores remitimos a lo expuesto en el punto anterior.

<sup>209</sup> CCiv.Com. de Mercedes Sala I, 09/10/2008. “Sfoggia, María M. c/ Provincia de Mendoza (*rectius Buenos Aires*) y otros s/ ds. ds.”, *LL* (online), AR/JUR/10885/2008.

insuperable, podría exonerar de responsabilidad a la institución si el alumno no fuera devuelto sano y salvo<sup>210</sup>.

Aunque no coincidimos con los fundamentos reseñados en ese precedente –ni con otros allí expuestos-<sup>211</sup>, sí estamos de acuerdo con la decisión condenatoria allí adoptada. Ello, por cuanto si bien se reclamó por una lesión durante un partido de fútbol organizado por un colegio, no se trató en el caso de un accidente (aspecto que desarrollaremos en el capítulo siguiente) sino que, junto con otras circunstancias del caso, por tratarse de un obrar doloso de uno de los participantes que doblaba en edad al menor lesionado y que ya había tenido roces con el muchacho durante el encuentro, la ocurrencia de un hecho dañoso como el sucedido se tornaba previsible y evitable<sup>212</sup>.

También es importante tener en consideración la injusticia que implica la condena por un mismo tipo de acontecimiento según ocurra dentro o fuera del ámbito educativo. Por ejemplo, y aunque no sea el supuesto más común de deporte practicado en la escuela, es lo que podría acontecer con un reclamo por el daño sufrido por la práctica del esquí. Marcó ha expuesto con razón (y ello ha sido reiteradamente receptado por la jurisprudencia<sup>213</sup>), que cuando se trata de un contrato en el que se incluye como objeto principal el aprendizaje del cliente, la obligación de seguridad de la empresa que ofrece los servicios, está referida en rigor, a la prevención del buen estado de las pistas, al

---

<sup>210</sup> Del voto del Dr. Ibarlucía en CCiv.Com. de Mercedes Sala I, 09/10/2008. "Sfoggia, María M. c/ Provincia de Mendoza (*rectius* Buenos Aires) y otros s/ ds. ds.", LL (online), AR/JUR/10885/2008.

<sup>211</sup> Para nosotros, la conducta dolosa de un tercero que en el marco de un encuentro deportivo escolar se propone lesionar violentamente a un compañero de escuela sí es encuadrable en el caso fortuito si no hay elementos que permitan siquiera presumir esa intención y evitar su concreción.

<sup>212</sup> Se hizo participar en un mismo evento alumnos menores y mayores (el lesionante de 35 años), durante el desarrollo del encuentro la víctima (de 16 años) fue golpeado, amenazado y agredido sin que hubiera control de parte del árbitro, siendo finalmente fracturado en sus piernas por una maniobra antirreglamentaria, artera y malintencionada de su agresor. De hecho, el fallo de primera instancia había impuesto un 60% de la obligación de responder sobre el agresor, aspecto que la Cámara revocó imponiendo el 100% a la Provincia de Buenos Aires y a su aseguradora.

<sup>213</sup> CNCiv. Sala "E", 15/07/2011. "B. E. E. c/ Valle de las Leñas S.A. s/ ds. ps.", MJ, MJJ67952, y la profusa doctrina y jurisprudencia, nacional y extranjera, allí citadas.

mantenimiento de los medios de elevación y al control de la cantidad de participantes para evitar que se causen daños entre ellos, no resultando exigible que individualmente se prevenga la conducta que circunstancialmente adopten los esquiadores durante la totalidad de su ascenso y descenso de la montaña que, en general, no puede ser absolutamente prevista por el instructor ni es posible atribuirle la categoría de asegurador respecto de todas las acciones del deportista y sus posibles consecuencias. (2004)

No obstante lo cual, si esta misma actividad, en esas mismas condiciones fuera propuesta por el colegio (sea en competencia deportivas, en ocasión de viajes de egresados o de estudios), la postura resarcitoria imperante no dudaría en “barrer” con esos principios y exigir lo imposible al establecimiento educativo a fin de sortear la configuración del *casus*.

En los próximos capítulos nos adentraremos en el análisis de los elementos necesarios para poder distinguir en qué casos se trata de verdaderos accidentes pasibles de ser considerados como casos fortuitos que autoricen a liberar de responsabilidad a los dueños de los establecimientos educativos, y en cuales se trata de meras consecuencias dañosas derivadas de la imprevisión, la negligencia o la desidia, que imponen su condena.

### **3) El accidente deportivo en el ámbito escolar**

Luego de lo expuesto hasta aquí tocante del deporte y sus vicisitudes, y si la materia de análisis no fuera los accidentes deportivos sufridos en ocasión de la enseñanza escolar, poco o nada más habría que agregar. Pero como ya hemos anticipado, ello no es así.

En efecto, enfocaremos nuestro análisis haciendo especial referencia al ámbito escolar en el que se desarrolla el juego, pues si el accidente fuera sufrido en otro espacio (vgr. club, espacio público, u otro) ya no sería de aplicación la específica disposición del artículo 1.117 del Código Civil que aquí

estudiamos<sup>214</sup>. En consecuencia, deberemos profundizar entonces el estudio de las razones que llevaron al legislador, a gran parte de la doctrina y a muchos jueces, a apartarse de principios tan claros respecto de los daños en ocasión del deporte.

Creemos útil reiterar en este estado, que entendemos por accidental a aquel daño sufrido sin intención de haber sido causado y, también, que reúna un elemento de tinte objetivo que importa la implementación de todos los recaudos razonables posibles a fin de evitarlo<sup>215</sup>. En el análisis de ese aspecto nos adentraremos en el punto siguiente.

Tal como afirma Sagarna (2002(1)), ciertos actos del deporte no pueden evitarse como, por ejemplo, un "pelotazo". Y se pregunta: "(...) ¿No era éste un caso fortuito en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación?<sup>216</sup>(...)".

Por eso, nos parecen acertadas las consideraciones que efectúa López Herrera (2006) respecto de la obligación que contraen quienes reciben personas para su instrucción deportiva. Expone en ese sentido, que el instructor asume un deber de seguridad objetivo respecto del estado de sus instalaciones, traslados, y otros riesgos. Pero, en lo que concierne a la específica práctica deportiva, su deber de seguridad es de medios, abarcando sólo a las lesiones que sean consecuencia de su culpa en la instrucción, como, por ejemplo, si autoriza a jugar a un lesionado o a quien todavía no está preparado (maduro) para el desafío o sobreexige a un aprendiz.

---

<sup>214</sup> En estos casos coincidimos con las posturas que sostienen que la norma mencionada resulta de aplicación sólo a los establecimientos educativos que conocemos como colegios o escuelas, y no a aquellos emprendimientos que se dediquen a organizar la enseñanza de una actividad determinada. Las razones las expusimos en el Capítulo VII, punto I.

<sup>215</sup> En forma reciente, una publicidad gráfica que intenta concientizar a los motociclistas sobre la importancia del uso del casco muestra la parte posterior de una cabeza con varios puntos de sutura. La frase que acompaña la imagen resume lo que queremos significar: "Si se puede evitar no es un accidente". *Mutatis mutandi*, si no se puede evitar adoptando los recaudos razonables, si lo es.

<sup>216</sup> Cómo ocurrió, quién lo ocasionó, cuál era el lugar, etc., serían indicadores para determinar si el evento eximía de responsabilidad

Si bien el mencionado autor hace la referencia respecto de su práctica en academias, clubes o gimnasios, consideramos que las pautas deben ser aplicadas también respecto del deporte escolar, tal como venimos exponiendo.

Consideramos importante destacar también, que las exigencias en materia de adopción de todas las medidas de seguridad posibles para evitar los daños deben ser, a su vez, razonables en relación con la actividad a desarrollar. De lo contrario, y en atención a lo resuelto en numerosos fallos que hemos podido consultar, si el establecimiento educativo no quisiera afrontar una posible demanda, sólo podría autorizar las practicas deportivas en campos de juego en condiciones superlativas, participando únicamente aquellos jugadores que revistan condiciones de excelencia, con equipamientos de protección en todo el cuerpo y con docentes que, a modo de escuderos, participen al lado de cada jugador para evitarles golpes o caídas. Sencillamente absurdo.

Como hemos expuesto en capítulos anteriores, el riesgo de sufrir un daño es inherente al juego y, si la actividad se realiza dentro de límites adecuados de seguridad y control, el participante asume esos riesgos propios de la actividad y, muchas veces, es él mismo quien se coloca en esa situación de riesgo en la disputa del juego.

Se podrá decir que la participación en los juegos o deportes no es siempre voluntaria, pues puede haber casos en que algún alumno no desee intervenir. Sea por miedo, falta de destreza o de interés por la disciplina en particular, algunas veces los educandos no quieren intervenir en determinadas actividades físicas, aunque deben hacerlo pues, de lo contrario, reprobarán la materia. Es cierto también que, en muchas ocasiones, los programas educativos ofrecen alternativas de prácticas diversas o una adaptación de alguna en particular a fin de no obligar al alumno a ir más allá de sus capacidades o poner en riesgo su integridad.

Pero también es cierto que no todos los alumnos que participan en encuentros tienen igualdad de condiciones físicas o técnicas. Claro que ello no debería implicar que quien no sea algo cercano a un profesional del juego o un superatleta deba quedar al margen de la actividad, pues es con la práctica y con la competencia el modo en que se logra la superación<sup>217</sup>.

Toda exigencia desmedida e irrazonable sobre las medidas de seguridad que debe adoptar el colegio a fin de evitar accidentes, seguramente derivará en la disminución o supresión de todas las actividades que importen un riesgo o en la exclusión de las actividades de aquellos que no reúnan excelentes condiciones deportivas.

No obstante, hay numerosas acciones preventivas que pueden adoptarse a fin de evitar la producción de daños, o de disminuir sus consecuencias. A ellas dedicaremos los puntos siguientes, en la inteligencia de que si se logra demostrar que han sido tomadas, será mayor la probabilidad de acreditar la concurrencia del caso fortuito.

#### **4) La prevención**

Son muchas las oportunidades en que los daños se producen como consecuencia de la falta de adopción de medidas de seguridad (a veces siquiera las mínimas) y no por accidente. La falta de recursos o de alternativas, la inexperiencia, la desidia o el riesgo asumido, la falta de mecanismos de control adecuados o la insuficiencia o negligencia de personal docente a cargo de la actividad y, no pocas veces, el exceso de confianza, sumados a la propia inquietud y dinámica de los menores, suelen derivar en hechos dañosos, algunos de los cuales pueden llegar a ser altamente lamentables<sup>218</sup>.

---

<sup>217</sup> No parece coincidir con nosotros algún precedente en el que se ha sostenido que la participación en encuentros deportivos de una jugadora que presenta un defecto técnico en su juego, agrava la situación del colegio que la autoriza a intervenir determinando su responsabilidad: CNCiv. Sala "E", 20/05/2003. "Tissera, Eduardo y otros c/ Colegio San Andrés y otros s/ ds. ps.", LL del 22/10/2003, pp.7-9.

<sup>218</sup> Vgr. CNCiv. Sala "H", 21/06/1996. "Lyons, Rita Diana c/ Asociación Civil Colegio San Marcos (St. Mark's School) y otro s/ ds. ps.",

La doctrina y la jurisprudencia son ricas en materia de antecedentes y, debido a ello, se han ido delineando parámetros de cuidados y conductas que se deben asumir para disminuir riesgos y evitar accidentes. Asimismo, sobre cómo se debería actuar en caso de que el siniestro ocurra.

La mera enunciación de todos los recaudos que consideramos razonables adoptar en el desarrollo de la actividad educativa en todas sus facetas podría, además de exceder el tema propuesto, ocupar tanto espacio como el que hasta aquí utilizamos. Por ello, nos centraremos en materia de previsiones para evitar accidentes en la práctica deportiva, que es el eje de nuestro análisis.

Al respecto podemos traer a colación las siguientes que, a mero modo de ejemplos, han sido expuestas en diversos trabajos<sup>219</sup>, como pautas orientadoras:

- Al comienzo de cada año lectivo deberán requerirse los certificados médicos correspondientes en donde conste el estado de salud físico-psíquica de los educandos, los que serán útiles para determinar el grado de intensidad de la práctica de deportes a aplicar a aquéllos.
- En horario de clase, jamás dejar solos a los alumnos.
- No dar órdenes o encargos a los alumnos que puedan implicar un riesgo para sí o para terceros, sin adecuado control y vigilancia.
- No exigir a los alumnos más de lo que su edad, capacidad psicomotriz y técnica le permitan realizar sin incrementar innecesariamente los riesgos propios de la actividad.
- No realizar actividades de educación física en lugares que no cumplan con las condiciones de seguridad adecuadas para la

---

inédito, ver Anexo 4; íd. 25/04/1995. "A., H. M. y otro c/ Quilmes S.A. Expreso y otros s/ ds. ps.", *LL* 1997-A-23, íd *LLC* 1997, 332; S.C.J.B.A., 17/06/2009. "O. E. A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ45167, íd. *IJ*, IJ-XXXIV-931; CNCiv. Sala "B", 12/04/2010. "Carvajal, Nora Antonia c/ Aragón, Olga y otros s/ ds. ps.", *LL* (online), AR/JUR/23662/2010; CCiv.Com.MinasPaz y Trib. de Mendoza Sala 3ª, 04/05/2011. "R. A. y otra ambos P.S.H.M. A. A. c/ Dirección General de Escuelas s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ65460; entre otros.

<sup>219</sup> Albornoz, Oscar Orlando (2000); íd. Villagrán, Santiago y Barton, Diego (2010), ver Anexo 1.

práctica (ej.: suelo resbaladizo, terreno impropio –presencia de vidrios, clavos, piedras, etc.-, espacio cerrado con objetos peligrosos próximos –caños, vidrios, salientes, piletas sin medidas de seguridad adecuadas, etc.-, entre otros).

- Ejercer un mayor control sobre aquellos educandos que registren problemas de conducta.
- Utilizar siempre material adecuado para la actividad, previamente testeado por el profesional.
- Realizar la actividad, desde su inicio, traslados, desarrollo, finalización, con un número adecuado de personas mayores que la controlen (sean profesores, preceptores o acompañantes).
- Asegurarse de que todos los alumnos cuenten con los elementos de seguridad reglamentarios adecuados (ej.: cascos, rodilleras, coderas, protector bucal, etc.) de acuerdo al deporte que se vaya a practicar.
- Organizar las actividades de modo que la competencia no sea despareja en cuanto a edades y desarrollos físicos que puedan importar un riesgo en abstracto para la salud del educando.
- Cuando se trata de menores pequeños, el profesor o profesores participarán de la actividad dentro del terreno de juego para ayudarlos y cuidarlos.
- No realizar la actividad si, en su opinión profesional, alguno de los factores de riesgo anteriormente expuestos estuviera presente y fuera imposible evitarlo durante el desarrollo de la práctica ese día.
- Cuando se adviertan situaciones de riesgo derivadas de cualquiera de los supuestos enumerados, dar inmediato aviso por informe escrito y/o constancia en el libro de actas o novedades, a los directores o responsables de la institución educativa.

Más allá de los recaudos que el docente pueda adoptar a fin de evitar posibles daños, no podemos sino coincidir con Sagarna (2002(1)) en que **“...en los deportes no siempre es posible el control absoluto de todo lo que acontece o puede llegar a ocurrir. Lo contrario implicaría obstaculizar la práctica deportiva en las escuelas...”**. (p.704)<sup>220</sup>

Pero en lo que no estamos de acuerdo con el autor referido, es en que sean muchos los profesores de educación física que extralimiten sus funciones

---

<sup>220</sup> El resaltado nos pertenece.

haciendo lo imposible para que alumnos que no son hábiles para los deportes sean estrellas en el colegio. Que algunos pocos puedan pensar y actuar de esa manera (tal vez en la inteligencia de que ello reporta un prestigio personal o que ello permitirá a los alumnos superar sus límites), no autoriza, entendemos, a señalar que sean muchos los que lo hagan.

Fuera de la observación mencionada, estamos nuevamente de acuerdo con el reconocido jurista cuando destaca que el deporte puede practicarse, que las habilidades se adquieren y que no todos los alumnos podrán tener la capacidad suficiente -por su estado de salud, por ejemplo- para desenvolverse eficientemente en la práctica deportiva. Debemos señalar que, en rigor de verdad, si la disminución en la capacidad es consecuencia de un problema de salud, la cuestión será bastante más compleja.

Por eso, los profesores de educación física deberán ser muy cuidadosos al impartir clases y distribuir tareas entre los alumnos. También, ser cautelosos al elegir el lugar en donde se practica un determinado deporte, esto es si el mismo se adecua a su desarrollo, los objetos con los que se realizará la practica, etc. Lo contrario, conducirá a responsabilizarlos por los daños generados a los alumnos –artículos. 1.074 o 1.109 del Código Civil-, máxime ante lo dispuesto del artículo 902 del código citado.

Es que, en materia de accidentes deportivos, son los aspectos señalados en los párrafos anteriores, junto con la conducción del juego, aquellos que pueden razonablemente prevenir la producción de un daño o bien disminuir sus efectos nocivos.

No podemos dejar de considerar también que la responsabilidad de directores y maestros está condicionada a la concurrencia de los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil, o sea, la antijuridicidad, el factor de atribución, el daño y el lazo de causalidad.

Recordaremos que todo acto que causa daño es antijurídico si no se encuentra justificado. Tal justificación puede hallarse, por ejemplo, en el

ejercicio legítimo de un derecho, que puede operar como factor evitativo de la antijuridicidad. Es que si, como recuerda Andrada (2007), el ejercicio regular de derechos y facultades propias no puede constituir como ilícito ningún acto (art. 1.071, Código Civil), el perjuicio que pueda derivar del ejercicio legítimo del derecho (y, agregamos, *deber*) de enseñar del docente, resultará un daño justificado al que no existe obligación de resarcir. A modo de ejemplo, expone que

si un profesor de educación física dispusiese la realización de unos ejercicios físicos en ejecución de uno de los cuales un estudiante se accidenta, el obrar del docente se hallará, en principio, justificado (salvo, claro está, que el profesor haya requerido unas exigencias o unos esfuerzos exagerados o inconvenientes en función de la edad de los alumnos, grado de preparación física y demás circunstancias del caso como ser los elementos utilizados, el lugar en que se desarrollara la actividad, la necesidad de realizar el ejercicio bajo supervisión del docente, entre otros).

En sentido contrario, en claro ejemplo de la postura contraria a lo que en este trabajo sostenemos, se ha dispuesto la condena del establecimiento, aún considerándose que la lesión se produjo por un hecho fortuito (lesión por pisar mal mientras se corría hacia delante y hacia atrás de acuerdo a las pautas dispuestas por el profesor de educación física), argumentándose que una lesión de esa naturaleza es previsible en abstracto y por lo tanto no exime de responder en forma objetiva al centro educativo<sup>221</sup>.

La omisión de una sola de las pautas expuestas precedentemente, o de otras que puedan presentarse y pongan en riesgo a los educandos, puede dar lugar a que un hecho infortunado suceda y ocasione daños. No obstante, ¿qué sucedería si, aún habiendo adoptado todos los recaudos posibles, el suceso dañoso se produce durante el desarrollo de la actividad deportiva?

En cuanto a las conductas posteriores, es claro que éstas no afectarán la relación de causalidad en la producción del hecho; pero sí podrían instituirse en un factor que disminuya el alcance de los daños. De tal forma, podrían

---

<sup>221</sup> CCiv.Com. de 6ª Nominación de Córdoba, 21/10/2002. "Tissera, Ricardo A. c/ Instituto Secundario José Hernández s/ ds. ps.", LL (online), AR/JUR/1029/2002.

configurar un elemento de atenuar o impedir el agravamiento de los perjuicios sufridos a quienes tienen a su cargo a los menores, cuya responsabilidad sigue siendo de tinte subjetiva.

Así, aunque la prevención es la conducta deseada por excelencia, cuando ésta falla -y ya frente al hecho dañoso consumado-, se torna relevante lo actuado en forma inmediata posterior a fin de valorar la diligencia con que se opera en la emergencia.

Este aspecto es de especial importancia para las personas que se encuentran en contacto más directo con los alumnos (docentes, celadores, directores) pues son ellos quienes deben adoptar sin demoras las medidas tendientes a la pronta atención de las víctimas. Por otra parte, si bien el régimen del artículo 1.117 del Código Civil desplazó la responsabilidad objetiva hacia los titulares, ello no implica que los restantes operadores educacionales queden exentos de todo deber. Por ello, nos permitiremos también acercar algunas sugerencias sobre el particular.

##### **5) ¿Cómo se debe actuar ante un accidente?**

En caso de que el accidente se produzca, deberán arbitrarse todos los medios para intentar evitar que sus consecuencias dañosas se agraven. Por otra parte, proceder en debida forma también ayudará para poder acreditar en el futuro de qué modo se produjo el hecho y dejar establecida también la diligencia con que se manejaron los responsables a cargo en la emergencia.

Esto no es una cuestión menor. No sólo por cuestiones de responsabilidad y de prueba. También es dable suponer que no reaccionará de la misma manera el progenitor de un menor que frente al hecho accidental fue atendido, contenido en debida forma y puesto en su conocimiento lo acontecido; que aquél a quien se le devuelve su vástago sin siquiera hacer mención de lo sucedido o sin haberle prestado los debidos cuidados invocando

simplemente la fatalidad en lo ocurrido, aún cuando ese pueda haber sido el caso<sup>222</sup>.

Es en la emergencia, en la que verdaderamente quedará demostrada la previsión, profesionalidad y eficiencia en la contención frente a posibles accidentes o, por el contrario, la negligencia, desaprensión o improvisación.

Debe tenerse en cuenta también, que las primeras horas en el tratamiento de las lesiones suelen ser determinantes, no solo para su curación, sino también para evitar perjuicios mayores.

Por eso es que existen una serie de acciones que no deben obviarse:

- Frente a un traumatismo, nunca debe restársele importancia. Los docentes no son médicos. Es siempre preferible que el servicio asistencial concorra y que se descarte la seriedad del golpe a dejar sin atención una lesión que puede resultar seria, aunque imperceptible al lego.
- Se informará con la premura del caso a los superiores a fin que dispongan los pasos a seguir y, en su caso, pongan en conocimiento de los progenitores lo sucedido y consulten sobre las acciones a tomar<sup>223</sup>.
- Se deberá recordar a los padres del damnificado que la institución cuenta con un seguro.
- Se dejarán asentadas las circunstancias del caso (relato de lo sucedido y personas presentes) en el libro de novedades, debiendo ser suscripto por los docentes que hayan intervenido y la autoridad escolar a cargo.

---

<sup>222</sup> En CNCiv Sala D, 11/06/2007. "Rocchetta, Mónica Isabel y otros c/ Instituto Nuestra Señora del Carmen y otros s/ ds. ps.", LL (online), AR/JUR/13377/2007, se observó que producida la lesión no hubo atención adecuada del menor quien, además, quedó sólo a la espera de sus padres varias horas después de finalizada la actividad deportiva.

<sup>223</sup> Es común que los establecimientos educativos requieran la suscripción de una autorización de los padres para el traslado del alumno al nosocomio más cercano en caso de accidentes. Sin perjuicio de lo cual, siempre es conveniente poner sobre aviso a los padres de que el traslado se efectuará.

- Si la gravedad del caso lo ameritase, deberá realizarse la correspondiente denuncia o exposición policial.

No obstante lo expuesto en este apartado y en el anterior, aún si se adoptaran todas las medidas propuestas -y sin perjuicio de otras que pudimos haber omitido-, en materia de accidentes sufridos por menores de edad, todo recaudo adoptado puede llegar a resultar, no obstante, insuficiente.

La dinámica en la vida de los niños y adolescentes implica que se encuentren en constante movimiento. No solamente físico, sino también mental, pues toda situación novedosa se plantea como un desafío o algo a descubrir, a la vez que pronto pierden interés y salen a la búsqueda de otros retos o descubrimientos.

Asimismo, se encuentran en la permanente búsqueda de su lugar, cuestionando límites, autoridades y normas.

Es por ello que los establecimientos educativos cuentan con diferentes medios para intentar controlar la conducta de sus pupilos en su proceso de socialización, encausándolos dentro de un orden preestablecido que permita su instrucción académica a la vez que su formación social.

Si prever y evitar todo hecho dañoso que pudiera derivar de un impulso dentro de un aula es una tarea titánica –por no decir imposible- que ha derivado en más de una condena<sup>224</sup>, tanto más lo es la carga de asegurar la indemnidad de los educandos que participan en un juego o deporte. En razón de lo cual, puede advertirse en ciertos establecimientos educativos, una creciente reticencia en la autorización de todo tipo de actividades deportivo-recreativas que puedan implicar un aumento de los riesgos propios de la actividad escolar.

---

<sup>224</sup> S.C.J.B.A., 24/09/2008. "T. F. F. L. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ39401; CCiv.Com. de Bahía Blanca Sala 2ª, 06/11/2009. "V. y otros c/ P. D. B. A. y otros s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ53286; entre muchos otros.

El control absoluto pretendido para los recreos, el desplazamiento por pasillos o escaleras, en la entrada y salida del establecimiento y en el aula misma es de por sí, una fuerte carga que pesa sobre la entidad educativa y sus dependientes, quienes no podrán “bajar la guardia” ni por un segundo si no quieren enfrentarse con la posibilidad de verse inmersos en un conflicto legal.

Empero, tan razonable es exigir ese control permanente durante esos aspectos de la vida educacional, como lo es el aceptar que en otros casos -en particular nos referimos al deporte- esa exigencia de garantía de indemnidad es de imposible cumplimiento.

Lo contrario es posible de generar una seria, incluso drástica, reducción del volumen de actividad física en la formación de los menores. En rigor de verdad, más que una posibilidad, ello es hoy, una realidad. En los capítulos finales por venir, intentaremos justificar lo que acabamos de afirmar.

## **CAPÍTULO XI**

### **LA OTRA CARA DEL RÉGIMEN LEGAL VIGENTE**

#### **1) Introducción**

Con la reforma incorporada en 1998 al artículo 1.117 del Código Civil se ha querido proteger al menor que sufre daños en ocasión de su instrucción en instituciones educativas. Nadie podría, razonablemente, discutir las buenas intenciones de la norma.

Pero lo cierto, es que esa modificación también ha generado una situación pasible de redundar en un serio perjuicio en la formación de los educandos.

La situación se ha visto agravada, merced a la interpretación aun más restrictiva que suelen hacer los tribunales respecto de la configuración de la causal de exoneración prevista en la norma.

Así, al quedar establecido un estricto régimen de responsabilidad objetivo, agravado por interpretaciones que muchas veces no realizan distingo alguno respecto del modo en que el daño se produce, se ha puesto en un pie de igualdad a los daños derivados de situaciones tan disímiles como pueden ser, por ejemplo, el producido por la caída de un pedazo de techo en mal estado, el hecho dañoso acontecido ante la falta de vigilancia y el derivado de una caída en ocasión de un juego en una clase de educación física.

Desde luego que compartimos la intención de imponer un régimen legal que conmine a quienes organizan la actividad educativa a tomar todos los recaudos a su alcance para que ésta se realice sin mayores riesgos para los alumnos y que, de lo contrario, aquellos respondan por su negligencia, desidia o, simplemente, por no haber puesto todos los medios a su alcance para cumplir con el deber de seguridad que pesa sobre ellos.

Por eso, estamos de acuerdo con las sentencias condenatorias dictadas en los casos en que se responsabilizó a los dueños de establecimientos por la violación de un alumno por un compañero en el baño del colegio<sup>225</sup>, los daños sufridos por el menor que trepa a una pared del patio y de allí al techo lindante y cae<sup>226</sup>, los derivados de la inadecuada concurrencia de alumnos con notorias diferencias de edad en una misma justa deportiva<sup>227</sup>, los padecidos como consecuencia de la ausencia o insuficiencia del control correspondiente sobre la conducta de los alumnos<sup>228</sup>, más aún si a ello se suma un riesgo como puede ser un arco no sujeto adecuadamente al piso<sup>229</sup>, por conductas imprudentes del docente al introducir un riesgo en la actividad<sup>230</sup>, al proponer una actividad como el rugby en un espacio inadecuado debido a la presencia de postes<sup>231</sup>, entre otros.

---

<sup>225</sup> SCBA, "O. E. A. c/ Provincia de Buenos Aires" del 17/6/08, MJ-JU-M-45167-AR. Es preocupante la creciente cantidad de casos de violencia en los colegios, no sólo entre alumnos, sino también de éstos hacia sus profesores. La problemática no reconoce fronteras y, hasta hace algunos años, ello parecía ser patrimonio de sociedades del hemisferio norte [vgr. Los ocurridos en España, analizados por Díaz Cortés (2007)]. En tiempo reciente han sucedido también en nuestro país, hechos de violencia tan lamentables como los antecedentes de otras latitudes que, incluso, han visto la lamentable participación de los progenitores en la agresión hacia los docentes, TCriminal n° 1 de Pergamino, 15/08/2012. "Enriquez, Susana Daniela s/ coacción doblemente agravada y lesiones en concurso ideal", LLBA, año 19, n° 08, pp.019.923.

<sup>226</sup> CNCiv. Sala C, "Valdez, Roberto Pablo c/ Colegio Esteban Echeverría S.A.E. s/ ds. ps." del 19/12/2002, eIDial - AA414D.

<sup>227</sup> CCiv.Com. de Mercedes Sala I, 09/10/2008. "Sfoggia, María M. c/ Provincia de Mendoza (rectius Buenos Aires) y otros s/ ds. ps.", LL (online), AR/JUR/10885/2008.

<sup>228</sup> CCiv. Sala "H", 06/10/2009. "C., D. I. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ ds. ps.", IJ, IJ-XXXVII-323; íd. 21/06/2006. "Lyons, Rita Diana c/ Asociación Civil Colegio San Marcos (St. Mark's School) y otro s/ ds. ps.", inédito, ver Anexo 4; íd. Sala "M", 07/11/2005. "P., G. S. c/ Orden de los Frailes Menores Capuchinos y otro s/ ds. ps.", ED del 06/03/2007, JA 2006-IV-3 p.79.

<sup>229</sup> CNCiv. Sala "L", 03/07/2009. "Stepañuk, Alicia Alejandra c/ Sociedad Escolar y Deportiva Alemana (Lanús Oeste) y otros s/ ds. ps.", Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil, Doc. N° L068563.

<sup>230</sup> CNCiv. Sala "E", 03/12/2009. "Darín, Lisandro Jonathan c/ Campagnale, Marcela y otros s/ ds. ps.", Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil, Doc. N° D516371.

<sup>231</sup> CCiv.Com de San Nicolás Sala 1ª, 15/05/2003. "Rivero, Carlos A. y otros c/ Instituto Modelo Gral. San Martín y otros s/ ds. ps.", RCyS 2003, p.756; íd. LLBA 2003, p.1.282.

En supuestos como los reseñados *supra* todo indica que, más allá de la justicia al caso, la condena servirá también como una suerte de conminación a arbitrar los medios para que eventos como los descritos no vuelvan a ocurrir. Por eso, coincidimos en que se condene al establecimiento que no mantiene sus aulas en condiciones de seguridad para el dictado de clases, que no controla los espacios en que los alumnos se desenvuelven o que no cuenta con el suficiente personal capacitado para lograr mantener un orden mínimo de conducta dentro del aula, fuera de ella y en los traslados de los grupos dentro o fuera del colegio.

Un tanto más difusa nos parece la cuestión vinculada con la extensión del deber de seguridad cuando se trata de accidentes provocados o sufridos por los menores una vez que estos se encuentran fuera del establecimiento escolar. Sin perjuicio de no ser estrictamente el tema aquí propuesto, tomamos la oportunidad para poner en tela de juicio el excesivo alcance que –a veces– se le impone al deber de vigilancia de los colegios en estos supuestos<sup>232</sup>.

Pero el tema no se agota en las aulas, los pasillos o la puerta de ingreso, oportunidades estas en las cuales es dable exigir que la autoridad presente en la ocasión mantenga un control adecuado a fin de que los educandos se conduzcan en forma ordenada y sin sobresaltos que puedan provocar daños<sup>233</sup>.

También están los juegos y deportes que, por esencia, importan una dinámica en la cual es muy difícil controlar todas las acciones que puedan suceder.

---

<sup>232</sup> A favor del criterio amplio de extensión de la responsabilidad cuando el alumno se encuentra fuera del establecimiento, Prevot (2008). En contra, López Mesa (2009 (2)).

<sup>233</sup> Desde luego, no sugerimos que la actividad se desarrolle con un rigor de siglos pasados. Pero tampoco creemos en que la instrucción pueda desarrollarse sin pautas de orden. A nuestro modo de ver, el equilibrio consiste en lograr obtener una actividad que se desarrolle en un marco de libertad para expresarse, pero con tiempos y pautas guiados por el docente a cargo.

¿Pero cuales son las consecuencias cuando la condena es derivación del reclamo impetrado por el daño generado por el accidente deportivo? ¿Cómo sería posible lograr las condiciones para desarrollar una actividad de esta naturaleza con la garantía de indemnidad de los participantes que se le impone al titular del establecimiento en la actualidad? La respuesta se impone: imposible.

Es por ello que, ante la imposibilidad de garantizar un resultado de indemnidad y frente a la creciente cantidad de reclamos judiciales, se observa una merma en este tipo de actividades en los colegios. A ello nos referiremos en el punto siguiente.

## **2) Disminución de actividades deportivas**

Es cierto que los profesores a cargo pueden ordenar, dirigir y conducir el desarrollo del juego. También podría considerarse el caso de que puedan adoptarse todas las medidas de seguridad posibles para que se realicen en un lugar adecuado, con los elementos reglamentarios y con los jugadores utilizando todos aquellos elementos de protección autorizados (cascos, hombreras, pecheras, guantes, protectores bucales, coderas, rodilleras, vendas, etc.). Pero lo que en modo alguno puede lograrse, es garantizar que nada ocurrirá en el desarrollo de un partido que pueda derivar en un daño a algún jugador.

No obstante, ello no ha sido entendido así por la jurisprudencia mayoritaria, generando una gran preocupación en los colegios (propietarios, directores y docentes) que, cada día más, reducen la carga horaria o volumen de actividades recreativas o deportivas que puedan implicar un riesgo de lesión a los participantes.

Entonces, para quien organiza la actividad educativa, en lo que respecta a la faz deportivo-recreativa, la única forma de evitar ser pasible de condenas judiciales por daños derivados de accidentes en su práctica (habiendo tomado

todos los recaudos), se cristaliza en disponer su no realización o en reducirla al mínimo legal obligatorio y con actividades semi-pasivas.

Lo expuesto no es una respuesta derivada de una hipótesis de laboratorio, sino la conclusión de la investigación realizada en ese aspecto mediante el análisis de los precedentes estudiados y de las entrevistas y charlas con profesores de educación física, docentes y directivos.

A modo de ejemplo, traeremos a colación lo declarado en sede judicial por una entrenadora de hockey colegial quien, a raíz de un accidente sufrido por una estudiante en un encuentro intercolegial, dijo que "(...) debido a este caso el Colegio no acepta salir a encuentros con alegría (...)"<sup>234</sup>. Sin dudas, de lo expuesto se desprende que existe ahora una mayor cantidad de trabas para autorizar la participación de los alumnos en este tipo de actividades.

Si la consecuencia fuera solamente el desánimo en la realización de actividades deportivas, poco sería lo que tendríamos para criticar. No obstante, las consecuencias exceden la alegada "falta de alegría", traduciéndose en una drástica reducción de actividades o, incluso, en la abstención de participar en eventos de esta naturaleza.

Ello se contrapone con la solución pretendida por el proyecto impulsor de la reforma, que sobre el punto entendió (mal entendió a nuestro modo de ver) que al quitar la presunción de culpa que pesaba sobre los directores e imponiendo un régimen objetivo con seguro obligatorio, ya los docentes y directores no tendrían mayores temores o inconvenientes para desarrollar las actividades extra aulas (Mathov, 1996).

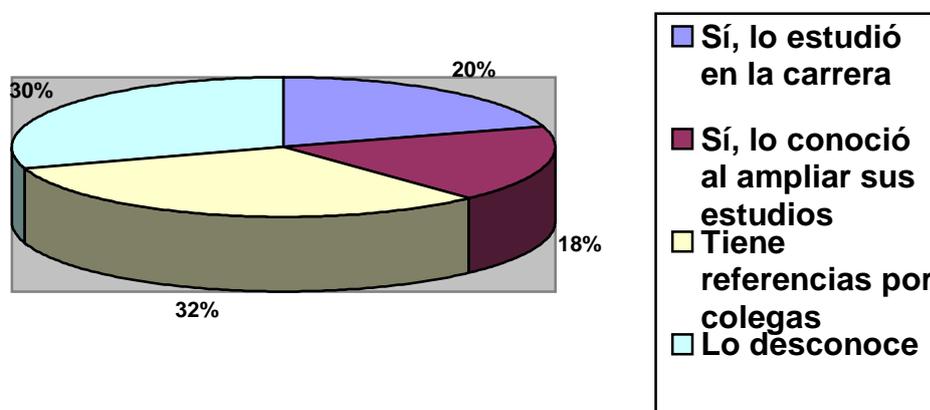
La disminución de las actividades fuera del aula, recreativas o deportivas, hoy es un hecho.

---

<sup>234</sup> CNCiv., Sala "E", 20/5/03. "Tissera, Eduardo y otros c/ Colegio San Andrés y otros", LL del 22/10/2003, p.9.

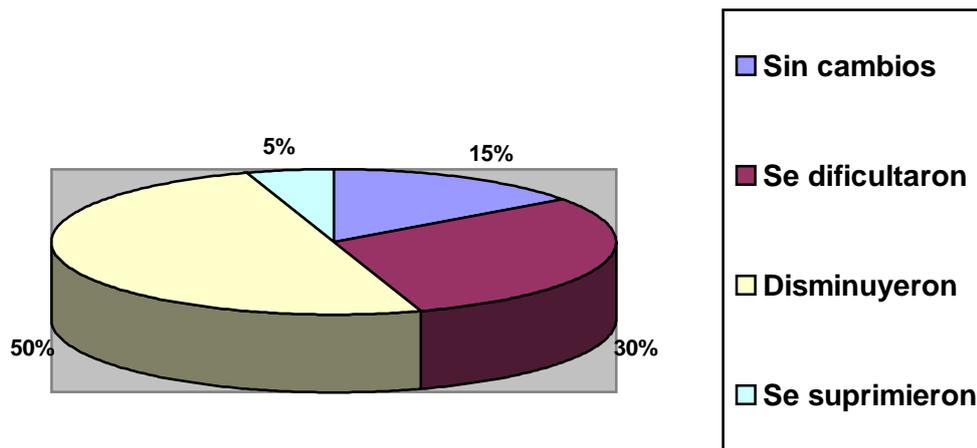
De una serie de entrevistas mantenidas con docentes de educación física con más de diez años de ejercicio<sup>235</sup>, que dictan clases en colegios de gestión pública y privada, ubicados en la Capital Federal y en la Provincia de Buenos Aires, hemos podido obtener las siguientes conclusiones respecto de los cambios vividos en la última década:

- Preguntados sobre si tenían cabal conocimiento del régimen de responsabilidad civil en materia de accidentes en oportunidad de enseñanza, respondieron:

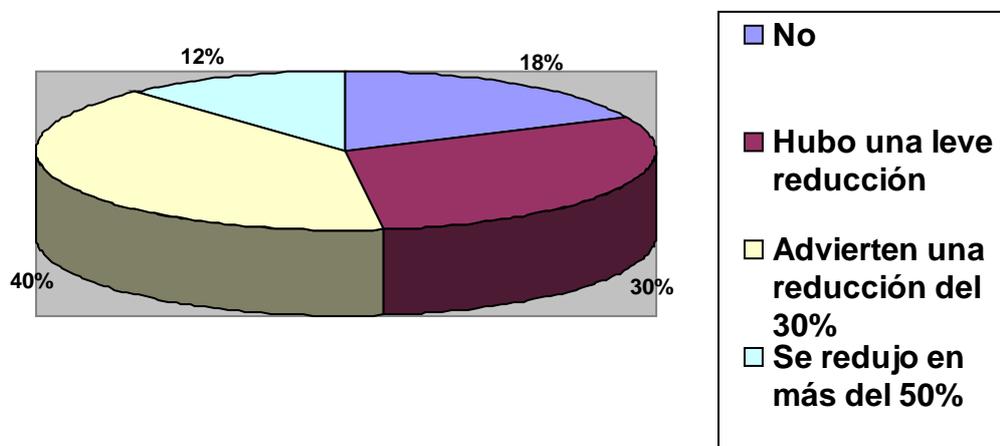


Consultados sobre si luego del año 2000 la autorización de actividades al aire libre (deportivas y recreativas) sufrieron algún cambio, dijeron:

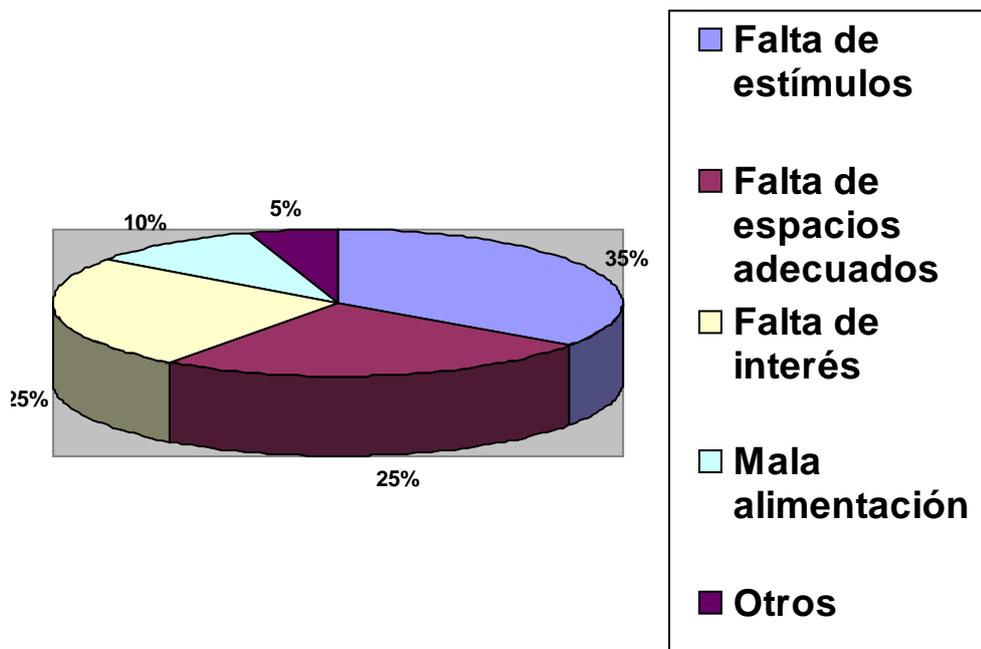
<sup>235</sup> La información fue obtenida mediante entrevistas personales y preguntas pre-formuladas, desarrolladas durante mayo de 2011 y agosto de 2012. Del universo de 50 profesionales entrevistados, cabe destacar que ninguno de ellos ha experimentado lesiones graves de alumnos a su cargo, ni han sido parte en juicio alguno. Sin embargo, coinciden en su preocupación por las deficiencias que advierten para desarrollar una satisfactoria educación física y recreacional escolar.



- Al interrogante sobre si advertían modificaciones en la carga horaria dedicada a la educación física, contestaron:



- En la encuesta general, existió un fuerte consenso en calificar de “medio para abajo” o “regular” a las destrezas físicas (motricidad, coordinación, elongación, etc.) de los alumnos. Preguntados sobre la principal causa a la cual le atribuyen las deficiencias, señalaron:



No debe extrañar, que los propietarios y directores de los establecimientos pretendan, razonablemente, reducir al mínimo las posibilidades de enfrentarse con demandas judiciales por cualquier eventualidad que pudiera ocurrir en el desarrollo de aquellas. La imposición de un seguro obligatorio, anticipamos, no atenúa en modo alguno lo que aquí afirmamos.

A ello, debemos agregar que, en muchos casos, los reclamos constituyen verdaderas aventuras judiciales, tanto por las omisiones en las circunstancias que rodearon al hecho, como por la escasa entidad de los daños por los cuales se reclaman sumas abultadísimas, casi siempre, al amparo del beneficio de litigar sin gastos<sup>236</sup>.

### 3) El problema del sedentarismo infantil

Puede llegar a pensarse que la preocupación que nos genera la disminución de actividades deportivas en la etapa escolar es exagerada o

---

<sup>236</sup> Es la cristalización de la contrapartida de los nobles intentos de brindar mayor protección a las víctimas mediante la implementación de regímenes de responsabilidad objetiva; al amparo de los cuales se desarrolla la industria del juicio que hoy es una incontrastable realidad.

infundada. Sin embargo, nuestra investigación nos aportó sólidos argumentos para sustentar nuestra inquietud.

Nuestra sociedad se va incorporando en forma cada vez más acelerada a la llamada “Era Digital”, y nuestros jóvenes van abandonando los juegos de niños cada vez a más temprana edad. Por eso, la disminución de la actividad deportiva en el único ámbito en el que ella se presenta compulsiva, asegurando así un mínimo de estímulo físico, resulta alarmante.

Algunas investigaciones periodísticas que nos parece oportuno reseñar, reflejan claramente las lamentables consecuencias que trae aparejada la falta o escasa actividad deportiva en los niños.

En una de ellas, se informa que según datos del Ministerio de Salud, en nuestro país se estima que la obesidad afecta al 10% de los niños que todavía van al jardín de infantes y el sobrepeso al 25%, mientras que en los años 90 la obesidad no alcanzaba al 6% y el sobrepeso al 15% de los menores de seis años. Entre los chicos en edad escolar (mayores de seis años) el 12% es obeso y el 30% tiene kilos de más, según estimaciones del Centro de Estudios de Nutrición Infantil (CESNI). (Peker, 2008)

¿De qué modo influye la actividad escolar en esos resultados? Es muy sencillo, la etapa de instrucción educativa es la oportunidad con que cuentan todos los niños de formarse en igualdad de condiciones. Así, tal como a un niño no se le pregunta si quiere estudiar matemática o lengua, también se ve obligado a realizar actividad física.

Desde luego, y aunque no toda la responsabilidad pueda recaer sobre el establecimiento educacional, la contribución en este aspecto es fundamental.

Tal como asegura el médico español Gerardo Villa<sup>237</sup> (Peker, 2008), la escasa actividad física y deportiva escolar genera, más que la mala

---

<sup>237</sup> Profesor en la Universidad de León y distinguido con el Premio Nacional de Investigación en Medicina del Deporte.

alimentación, sobrepeso, obesidad infantil y riesgo de síndrome metabólico; y detalla:

Investigué con chavales de 11 a 13 años que estaban divididos entre sedentarios, activos y deportistas. Los tres grupos comieron la misma comida y al mes los activos (que realizaron cinco horas de ejercicio físico en la semana) mejoraron sus indicadores de presión arterial, peso, índice de masa corporal y redujeron la resistencia a la insulina’.

En ello coincide Sergio Britos<sup>238</sup> (Peker, 2008), quien afirma que la obesidad está más explicada por la falta de actividad física que por la calidad de la ingesta. Para él, lo importante no es que los chicos dejen de comer lo que podríamos denominar “comida chatarra”, “(...) sino que hagan más flexiones, den más vueltas en el patio, jueguen al fútbol, salten a la soga o corran huyendo de la mancha”. Claro que ello es difícil de concretar si se tiene en cuenta que en escuelas públicas y privadas los alumnos tienen, en promedio, dos horas semanales de gimnasia y menos de un tercio de los chicos realiza una actividad física moderada o activa.

A ello debemos agregar que es común que las pocas horas asignadas no rindan al máximo. Tiempos de traslados y preparación, condiciones climáticas que impiden desarrollar la actividad, horas asignadas a encuentros donde usualmente sólo participan los mejores, son algunos de las razones que reducen el índice de participación en actividades deportivas.

Pero también nos acerca Britos una importante apreciación sobre un espacio complementario que, poco a poco, se va perdiendo. Dice al respecto que

Otro problema es que en los recreos, por seguridad, los docentes prefieren que los alumnos se queden quietos. Pero es importante que los chicos caminen, corran y salten porque el movimiento espontáneo es más eficaz que la actividad de alto rendimiento.

La burbuja quieta en la que viven los chicos no pasa sólo por la falta de deporte, sino por la inactividad cotidiana. Ahora, en vez de ir caminando a la escuela viajan en autos que los llevan de puerta en puerta. No andan en bici por la vereda ni se trepan por horas

---

<sup>238</sup> Licenciado en Nutrición y director del CESNI.

en la plaza. Incluso, en los recreos compiten por su agilidad, pero no en el fútbol o la escondida sino con el pulgar para ser campeones de jueguitos electrónicos. (Peker, 2008)

Y no sólo por cuestiones de estética o de salud, sino también sociales. Los niños que no practican deportes –y en particular los de conjunto- suelen ser más retraídos, ensimismados e individualistas. Además, la falta de actividad física y de las conductas saludables que inspira el deporte, da espacio a otros vicios que poco a poco van estableciéndose entre los adolescentes y púberes.

Sobre ambos aspectos se refiere otra investigación periodística (Geddes, 2010). Allí se informa que en febrero, la Organización Mundial de la Salud advirtió que, debido al avance de enfermedades condicionadas por el estilo de vida, la actual generación de chicos podría ser la primera en muchísimo tiempo en tener una esperanza de vida menos elevada que la de sus padres.

Nos permitiremos transcribir una parte importante de algunas de las fuentes citadas en el artículo referido dada su jerarquía, y porque no hay en ellos un solo párrafo que no refleje la preocupante situación que estamos comenzando a afrontar en nuestra sociedad.

Por ejemplo, Mario Virgolini, director del Programa de Control del Tabaco del Ministerio de Salud y del plan Argentina Saludable, quien fue uno de los responsables de la implementación de una encuesta realizada en el 2007, en la cual se entrevistaron a 1.980 alumnos de entre 13 y 15 años de 47 escuelas de todo el país señaló respecto de la poca actividad física, que

(...) las pautas se establecen durante la infancia y la adolescencia y ya después es difícil modificarlas. Hay que revertir esta tendencia. El modelo que se ha formado es el competitivo. Los que son aptos para el deporte son los que siguen y los no se quedan afuera. La actividad física debe estar relacionada con el bienestar y con la salud mental. (Geddes, 2010)

Desde otro aspecto, Esteban Carmuega, director del Centro de Estudios sobre Nutrición Infantil, exponía que

El sedentarismo y la mala alimentación son dos variables de íntima relación, que derivan decididamente en la salud de los jóvenes. En la adolescencia se conforman los hábitos alimentarios y se termina de definir la composición corporal. Por ejemplo, es el momento en el cual se consolida la reserva de calcio en el organismo. Quien sale con sobrepeso y obesidad será un adulto con sobrepeso y obesidad. La mala alimentación es consistente con los hábitos que el estilo de vida les genera. (Geddes, 2010)

Para Hugo Miguez, especialista en adicciones e investigador del Conicet,

Es una generación que hace del sedentarismo un refugio. En la vida cotidiana de los chicos, el tiempo libre está representado por estar cómodamente sentados para chatear, mirar TV o hacer juegos electrónicos en pantallas que, además, reiteran los mensajes sobre comida chatarra. Es un círculo vicioso apoyado en la percepción de un mundo 'externo' incierto y amenazante. Las bebidas (alcohólicas) funcionan como una 'prótesis social' para el mundo real, donde las aceptaciones y rechazos son más crudos que en la cibercultura. (Geddes, 2010)

Es cierto que el escenario descrito no es, por el momento, suficiente como para desesperarse. No obstante, si se tiene en consideración el tiempo y el perjudicial desgaste que le llevan a una sociedad revertir los daños causados en cada generación, la incorporación en la agenda de un debate y revisión de las pautas que rigen al respecto se impone<sup>239</sup>.

Afortunadamente, en algunos niveles existe conciencia sobre la importancia de una alimentación adecuada y de la necesidad de practicar deporte a fin de contar con generaciones más saludables. En torno a este último aspecto, reforzando las ideas aquí expuestas, una nota periodística nos hace saber que

Para el profesor de educación física Adrián Casas, "existe una doble naturalización de hábitos no adecuados". (...) el docente responsabilizó a las familias y a las autoridades escolares por el creciente sedentarismo de los jóvenes. A las familias, por no

---

<sup>239</sup> En el último artículo citado se menciona que "...los especialistas del Ministerio de Salud reconocieron que el estudio les permitió definir el perfil adolescente sobre el que tienen que trabajar. Y aunque no confirmaron cuándo, dijeron que la encuesta se repetirá periódicamente, como recomienda la OMS...". De concretarse esos estudios en forma periódica y sistemática, el tiempo permitirá demostrar las nocivas consecuencias que la falta de actividad física en las generaciones más jóvenes.

combatir la tendencia de los chicos de estar prolongados períodos de tiempo frente a la computadora, y a las autoridades escolares, por aceptar que se evite que la materia educación física tenga "tarea para el hogar" o sea reprobada. "Es necesario que los adultos signifiquemos que el movimiento es beneficioso y placentero", enfatizó. (Musse, 2011)

A esta altura de nuestra exposición puede pensarse que hemos soslayado un aspecto fundamental. En efecto, hasta ahora nuestro énfasis se centró en la crítica de un sistema que intenta dar una respuesta más adecuada a las víctimas de daños. Puede entonces llegar a considerarse que es una contradicción pregonar la no aplicación de ese sistema en pos de la protección de la formación integral de los menores.

Hasta aquí expusimos por qué nos parece injusta la aplicación del régimen legal vigente y, principalmente, de su interpretación jurisprudencial mayoritaria que es reacia a la aplicación del eximente previsto cuando se trata de accidentes deportivos (en los términos que aquí expusimos), paradigmas del caso fortuito<sup>240</sup>.

A continuación, daremos las razones por las cuales consideramos que, además de injusta, la interpretación y aplicación que del artículo 1.117 se realiza mayoritariamente, es ineficiente a los fines de tutelar los intereses de los estudiantes menores de edad.

#### **4) La situación de la víctima en lo atinente al tratamiento de su lesión**

De lo investigado sobre el tema, hemos podido comprobar que el régimen actual no mejoró la situación de la víctima en lo que al pronto reestablecimiento de su salud se refiere.

En primer lugar, se afirma que mediante este sistema se acortan los tiempos en los trámites de los expedientes. Del estudio de los más de

---

<sup>240</sup> Al menos del caso fortuito que prevé el Código Civil, sin los posteriores agregados interpretativos en pos de lograr una reparación segura.

cincuenta casos que citamos en este trabajo (sin contar otros tantos consultados), no hemos encontrado grandes diferencias en los tiempos de trámite antes y después de la reforma<sup>241</sup> lo que, en rigor de verdad, sigue estando sujeto a la complejidad del caso y eficiencia de los tribunales intervinientes.

En segundo lugar, existen otras varias razones que impiden que se cumpla el objetivo deseado por el legislador.

En ese orden de ideas, cabe recordar que al insertarse un régimen de tipo objetivo dentro de un sistema de neto corte subjetivista, se dio lugar a diversas interpretaciones y controversias que han atentado contra la celeridad en la toma de decisiones<sup>242</sup>.

Es que si bien se establece una única causal de exoneración, para que ella pueda demostrarse debe dilucidarse la mecánica del hecho y circunstancias del caso a fin de valorar su configuración, por lo que en poco o nada se acortan los tiempos de prueba. Ello, sin perjuicio de acreditar también que el daño reclamado guarda relación causal con el hecho dañoso invocado como su promotor<sup>243</sup>.

También debe considerarse que estas controversias se ventilan dentro de procesos de conocimiento a los que se les asigna el trámite "ordinario", que es el proceso más extenso previsto por nuestro ordenamiento procesal. Por ello, y por otras variables vinculadas con la dinámica de la actuación ante los

---

<sup>241</sup> Alcanza para ello el confornte del número del expediente o la fecha del hecho expuesto en los resultandos, con la de la firma del pronunciamiento definitivo.

<sup>242</sup> Ya hemos analizado como, a pesar de la clara intención del legislador y más allá de las deficiencias de técnica legislativa, incluso se sigue debatiendo si las restantes causales de exoneración pueden o no ser aplicables, cuál es el plazo de prescripción correspondiente, etc.

<sup>243</sup> CCiv.Com.MinasPaz y Trib. de Mendoza Sala Cuarta, 05/09/2011. "A. R. c/ D.G.E. s/ ds. ps.", MJ, MJJ68177. La Cámara confirmó el fallo del juez de grado que la demanda por considerar que no había nexo causal entre el hecho (accidente y golpe en el establecimiento educativo) y la incapacidad dictaminada por el perito, distinta a la alegada por el actor en su demanda.

tribunales, no es de extrañar que estas causas mantengan a las partes en el conflicto por bastante (demasiado) tiempo.

La ausencia de acción directa contra la compañía aseguradora, también atenta contra una pronta obtención de los recursos necesarios para afrontar los gastos para una pronta y adecuada atención del damnificado. Si aquella no responde voluntariamente, es de suponer que el establecimiento educativo se verá forzado a litigar utilizando todos los elementos a su alcance a fin de no ser condenado o, en caso contrario, aguardar la sentencia que así lo disponga para que, de ese modo, se pueda hacer efectiva la cobertura.

En esos casos, y si se cuenta con la dicha de que todos los operadores jurídicos intervinientes se desempeñen con diligencia, probidad y eficiencia, tal vez habrá una sentencia firme en tres o cuatro años promedio.

Frente al panorama descrito, hemos de señalar que las lesiones derivadas de accidentes deportivos sufridos por los menores de edad suelen requerir erogaciones inmediatas a fin de reparar con premura el daño y evitar su consolidación.

Es cierto que los gastos que demandan los estudios de diagnóstico, honorarios médicos, medicamentos y tratamientos que se generan suelen ser cubiertos por obras sociales, medicinas prepagas, hospitales públicos o por los padres del propio damnificado (en todo o en gran parte); integrando luego el reclamo indemnizatorio en el rubro gastos médicos de las demandas.

También suelen reclamarse partidas en concepto de “gastos futuros” por tratamientos que de realizarse (lo que rara vez sucede), vienen a intentar reparar consecuencias mucho más gravosas que las propias de la lesión sufrida, toda vez que el tiempo las fue agravando o se fueron incrementando por otras experiencias posteriores.

Por eso entendemos que sería mucho mejor, más efectivo, más económico y más justo, que se dispusiera un mecanismo que permita dar

pronta atención a las lesiones sufridas a fin de evitar su consolidación o agravamiento. Debe tenerse en cuenta que se trata de daños en personas en pleno desarrollo por lo que, si se las trata pronta y adecuadamente, será mucho más factible que se reparen sin secuelas físicas y psíquicas. Los niños cuentan con huesos más flexibles, el propio proceso de crecimiento puede ir rectificando lesiones y, además, tienden a superar fácilmente ese tipo de experiencias dañosas que son meras consecuencias de juegos.

Claro que, para que así suceda, debe brindarse una pronta atención al menor lesionado desde el momento inmediato posterior al hecho hasta su recuperación. Lo importante en estos casos es lograr el pronto reestablecimiento de la salud a fin de que el niño pueda reincorporarse a su vida normal, juegos y deportes incluidos, lo más rápidamente que sea posible<sup>244</sup>.

Un largo proceso para obtener las sumas necesarias a fin de iniciar los tratamientos, en poco o nada ayudarán al menor a solucionar su afección en forma eficiente. En ese sentido, el sistema actual, aún contando con la responsabilidad objetiva, no mejora la situación de la víctima en lo que al tratamiento de su lesión corresponde. Y ello es lo verdaderamente importante.

Es que, en numerosos precedentes consultados en torno de accidentes en ocasión del deporte –dentro o fuera de la escuela-, hemos podido comprobar que, transcurrido el tiempo de convalecencia y con el tratamiento adecuado, los menores se reintegran rápidamente a sus deportes habituales sin mayores consecuencias, aunque sus padres intentan luego un proceso por el que reclaman incapacidades físicas y traumas que, a tenor de la continuidad

---

<sup>244</sup> En nuestro caso en particular, hemos transitado en época de la escuela primaria por una conmoción cerebral, dos fracturas de clavícula (una en cada una de ellas -una en el colegio y otra en el club- y un esguince en la mano derecha; todos ellos en ocasión de la práctica deportiva. Dejamos fuera ojos morados, cortes y golpes varios. "Gajes del oficio" fue siempre la frase con que nos recibían en casa y, finalizado el período de convalecencia -no siempre todo lo que el médico sugería-, de vuelta al juego. ¿"Daños y perjuicios"? Afortunadamente no supe que eran hasta comenzar mi carrera.

en la práctica de la misma disciplina en la que sufrieron la lesión (en la misma institución o en otra), se advierten como inexistentes o ampliamente superadas<sup>245</sup>.

Es decir, es clave la pronta atención de la lesión y la contención del menor a fin de reducir al mínimo las consecuencias dañosas que pudieran dar lugar a mayores perjuicios que puedan derivar luego en un reclamo judicial infundado.

A fin de garantizar una respuesta a las víctimas se dispuso la contratación de un seguro obligatorio. No obstante, como anticipamos, del modo en que el sistema de seguros se encuentra legislado, el damnificado queda a merced de la buena voluntad de la compañía aseguradora, de las vicisitudes del mercado asegurador o, en definitiva, del éxito en el proceso, para ver satisfecha la cobertura. A ello nos dedicaremos en el punto siguiente.

## **5) La ineficacia del sistema de seguro**

El cuarto aspecto indicado al comenzar este capítulo, implica la obligatoriedad del dueño del establecimiento de contratar obligatoriamente un seguro de responsabilidad, consecuencia directa del espíritu resarcitorio que rige la actual tendencia del derecho de daños, fuente inspiradora de la reforma analizada.

El seguro se presenta así, como el contrapeso de una obligación de responder prácticamente ineludible, cualesquiera que sea el fundamento que la

---

<sup>245</sup> CNCiv. Sala "E", 20/05/2003. "Tissera, Eduardo y otros c/ Colegio San Andrés y otros s/ ds. ps.", *LL* del 22/10/2003; íd. CNCiv Sala "D", 11/06/2007. "Rocchetta, Mónica Isabel y otros c/ Instituto Nuestra Señora del Carmen y otro s/ ds. ps.", *LL* (online), AR/JUR/13377/2007; íd. Sala "H", 20/12/2007. "Fiorenzano de Ruiz Díaz, Lucía y otro c/ Club Atlético Boca Juniors s/ ds. ps.", *LL* del 11/07/2008; íd. Sala "I", 04/08/2009. "Puchetta, Valentín Ángel y otros c/ Club Atlético River Plate s/ ds. ps.", *elDial.com*, AA5D9A. Sin embargo, ello se demuestra luego de sustanciar demandas por sumas abultadas invocando daños inexistentes, por sumas injustificadas (claro que al amparo del beneficio de litigar sin gastos o con costas a cargo de la demandada por el principio de reparación integral).

motiva (deber de seguridad, deber de garantía, riesgo de la empresa, solidarismo, etc.). De ese modo, se pretende garantizar a la víctima el cobro de las sumas necesarias para indemnizar el daño y, a la vez, proteger el patrimonio del establecimiento educativo asegurado.

No obstante, incluso quienes han promovido y ponderado la disposición de un seguro obligatorio, han criticado tanto la mala técnica legislativa para su regulación –que podría derivar en que la misma sea letra muerta–, cuanto la ineficacia del mismo en la situación económica actual de la mayoría de las compañías que prestan el servicio (Mathov, 1996, p.1.647; íd. Kemelmajer de Carlucci, 1998, p.1069).

A ello debemos sumar su onerosidad, la dualidad de régimen que dificulta enmarcar el contrato y delimitar su vigencia, el necesario aumento en el costo educativo y la falta de claridad sobre cuál es el órgano del Estado encargado de controlar su contratación.

Debemos reiterar también, que en nuestro sistema jurídico la compañía de seguros no tiene legitimación pasiva autónoma, imponiéndose entonces la condena del asegurado si se quiere que ésta responda compulsivamente. De ese modo se crea una suerte de callejón sin salida para el dueño del establecimiento educativo, pues en un régimen que busca no dejar daño sin reparar, le será prácticamente imposible liberarse de una condena si pretende que su aseguradora sea obligada al pago.

Como señala con agudeza Pizarro (2006),

(...) es una pena que el seguro obligatorio no haya sido acompañado de un sistema de liquidación del daño en tiempos acotados, con un mecanismo de pronto pago y sanciones para las aseguradoras que no cumplan en debida forma, lo cual habría permitido paliar el otro gran problema que se presenta a las víctimas (además de la solvencia del responsable): los tiempos excesivamente prolongados que insumen los litigios (...). (2006, p.428)

Si se quiere crear una suerte de “ventanilla de pago obligatorio” para resarcir los daños sufridos, debería entonces instrumentarse un sistema de seguro solidario o similar que permita a la víctima presentarse acreditando el hecho y el daño, sin que el organizador de la actividad educativa tenga que someterse a una parodia de proceso, en el que está condenado a perder desde un principio, a intentar demostrar que no debe responder.

Algunos establecimientos han encontrado una salida a este dilema, aunque para ello han debido duplicar sus costos. La “solución” consiste en contratar un seguro de responsabilidad civil y otro de tipo personal, a fin que el segundo responda desembolsando prontamente las sumas necesarias para evitar conflictos judiciales con los progenitores del menor o menores lesionados. Ello no es consecuencia de un abnegado altruismo, sino la consecuencia de la virtual imposibilidad de pensar en la eventualidad de ser eximidos de responsabilidad frente a un posible reclamo que le generará, además, mayores problemas, costos y desprestigio<sup>246</sup>.

De la cantidad de precedentes que investigamos se desprende que la posibilidad de eximirse prevista en la ley, ya de por sí acotada, se erige como una mera formalidad que casi siempre cede ante el daño sufrido por un menor.

---

<sup>246</sup> Esta información, obtenida a través de entrevistas informales a directores de escuelas, comienza lentamente a verse reflejada y sopesada en algunos precedentes jurisprudenciales. Así, por ejemplo, y aunque en el marco de una actividad deportiva en club y no en colegio, se ha dicho que “...de *lege lata* no puede inferirse ese débito de indemnidad tampoco del art. 28 de la ley provincial N° 12.108 al exigir la contratación por parte de las entidades de un seguro de responsabilidad civil, ya que previamente debería admitirse que éste sea un supuesto que la comprometa. Repárese que no están obligadas a contratar un seguro de vida o por accidentes personales. Por último, y aún cuando esto guardara una cierta razonabilidad de *lege ferenda* una vez analizadas sus repercusiones socio-económicas para no desalentar la promoción del deporte, imponerlo como prestación de equidad, ante una hipótesis de no autoría (a diferencia del hecho involuntario del art. 907 Cód. Civ.), y no existiendo un fondo estatal o general de las entidades de la práctica deportiva para tales eventualidades, se afectaría singularmente a una de ellas sin justificativo suficiente desde la óptica de la solidaridad para que soporte exclusivamente parte del daño al que resultó extraña; lo que en el *sublite* se agravaría por la circunstancia de que se desconoce si obrando con cuidado y previsión no pudo ser evitado por la víctima...”, CCiv.Com. de Junín, 01/03/2011. “Minguilla Bernardo c/ Club Social Cultura y Deporte de Chacabuco s/ ds. ps.”, *IJ*, *IJ*-XLIII-299.

Muchas veces, esas sentencias se sustentan también en el hecho de que el seguro pagará y que, por ello, no se deriva daño alguno al establecimiento educativo, aunque deba ser injustamente condenado.

Además, retomando la idea que señalamos en el punto anterior, aun cuando el seguro responda luego de la sentencia judicial firme, es muy probable que esas sumas ya no sirvan para reparar el daño causado que, es dable esperar, se encuentre consolidado o haya desaparecido. Serán mas una suerte de reproche que de reparación, presentándose entonces como eficaz para el sistema, aunque ineficiente para el fin buscado.

Por eso, como indica Zavala de González (2011), “indemnizar” debe ser entendido no sólo en cuanto a “compensar”, también en el sentido estricto de “liberar a la víctima de la atadura de sus daños” –en la mejor medida factible-, toda vez que no se la ha logrado mantener protegida de ellos. Consecuente con ello, expone que “(...) casi siempre se visualiza la prevención sólo a través de técnicas para excluir o aminorar daños, sin percibir que su *oportuna reparación* –en ocasiones debería ser *urgente*- también evita en concreto agravar los producidos o que sobrevengan otros nuevos”. (p.5)

Desde luego que no pretendemos la derogación de la imposición de contratar un seguro que cubra los riesgos que implica la actividad. Pero consideramos que el sistema, en la forma que está establecido, presenta numerosas deficiencias que deben modificarse si es que se quiere lograr el objetivo principal: asegurar que la víctima contará con los medios para su pronto reestablecimiento y para compensar aquellos perjuicios que se presenten irreversibles desde los primeros momentos posteriores al daño. También se podrá, de ese modo, revertir la tendencia a un menor desarrollo de prácticas deportivas.

A tal efecto, el seguro es una herramienta importante en el estado actual de la responsabilidad civil. Pero, en los términos en que opera (al menos en el ámbito de nuestro objeto de estudio), no es la solución adecuada a los problemas existentes. Esto ha sido advertido por Rivera, quien concluye “(...)

que el binomio responsabilidad civil-seguro no funciona en Argentina es un hecho que podríamos calificar de notorio (...)” (2000). La afirmación no es gratuita ni carente de sustento; y lejos está de pregonar la eliminación del seguro. Pero, para que éste cumpla su función de forma eficiente, no puede ser aplicado sin atender a sus características y limitaciones.

En ese sentido, el autor que seguimos en estas líneas, nos recuerda que

(...) el seguro es un negocio que se estructura sobre una serie de estadísticas que toman en consideración -entre otras pautas- la frecuencia con que se producen los siniestros asegurables y el monto de las indemnizaciones que las aseguradoras deben dar en esos casos. De allí que indemnizaciones concedidas sin culpa, sin causalidad, sin verdaderos responsables incrementan el número de siniestros indemnizables; e indemnizaciones por montos irrazonables encarecen las primas o hacen lisa y llanamente inasegurables ciertos riesgos. Por otra parte, la existencia de seguro de responsabilidad civil da a los tribunales el sentimiento de que una indemnización puede ser pagada sin que ella le cueste a nadie (...). (Rivera, 2000)

En efecto, hay muchas otras variables que deben considerarse si se quiere instrumentar un sistema educativo seguro, eficiente y eficaz sin que, a su vez, se transforme la práctica deportiva en una suerte de escollo que deba evitarse.

En particular, debemos reiterar la importancia de la prevención del daño. Es este un factor esencial a ser considerado si verdaderamente se quiere generar un cambio en el sistema de responsabilidad civil o su derivado “derecho de daños”. En efecto, contar con seguros que todo lo cubran, puede llevar a un manejo de las actividades desaprensivos y desprovistos de los más elementales recaudos para evitar los daños. La consabida frase “total el seguro paga”, se ha convertido para algunos, en una suerte de *bill* de indemnidad para conducirse sin respeto a pautas mínimas de cuidado que permitirían evadirlos.

## CAPÍTULO XII

### La figura en el Proyecto de Código Unificado (dec. 191/2011)<sup>247</sup>

#### **1) Una primera aproximación a la reforma.**

El Proyecto de Código Civil y Comercial, del Poder Ejecutivo Nacional, redactado por la Comisión de reformas designada por Decreto 191/2011 (en adelante “el Proyecto”), trae aparejadas algunas reformas, incorporaciones y modificaciones al régimen de responsabilidad, que deben ser atendidas.

En lo que a nuestro objeto de análisis se refiere, una primera lectura de la norma específicamente dedicada al tema en “el Proyecto”, podría generarnos el convencimiento de que no se ha intentado innovar demasiado en la materia. Sin embargo, las palabras allí utilizadas adquieren en esta oportunidad, un nuevo vigor, al ser destacada en primer lugar como pauta hermenéutica, a la letra de la ley<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> La mayor parte de este capítulo fue publicado bajo el título “La responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos en el Proyecto de Código”, Revista Jurídica La Ley, 16 y 17/01/2013, págs. 1/2 y 1/3, respectivamente.

<sup>248</sup> Artículo 2°: **Interpretación:** La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los

Así lo expone el propio Presidente de la Comisión Reformadora (Lorenzetti, 2012), al señalar que

(...) de conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza con las palabras de la ley. También se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación (...). (p.2)

Ello, claro está, sin perjuicio de armonizar el texto en análisis con todo el ordenamiento jurídico, lo que permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. De ese modo, “el Proyecto” entra en sintonía con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto. (p.3)

De suerte que, considerando la profusa doctrina y jurisprudencia existente sobre el punto, atendiendo también a que la norma que analizamos ha sido materia de reforma en tiempo no muy lejano (en tiempos de evolución legislativa del Derecho Civil), y sin que sea posible soslayar la jerarquía de los miembros que integran la Comisión de Reformas, las palabras utilizadas en “el Proyecto” cobran singular importancia.

Por ello, realizaremos a continuación un primer sumario de las diferencias que se advierten en la redacción de la norma vigente y de su correlativa en “el Proyecto”, que nos permitirá ver, no obstante su aparente similitud, las diferencias entre una y otra.

---

principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento; Código Civil y Comercial de la Nación, Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional, redactado por la Comisión de reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011, La Ley, Buenos Aires, 2012.

Por otra parte, analizaremos las implicancias que aquellos contrastes pueden acarrear; como así también, expondremos las consideraciones respecto de aquellas cuestiones que se vienen discutiendo doctrinaria y jurisprudencialmente, y sobre las cuales nada dice “el Proyecto”. En ese sentido, cobra validez el refrán que dice que “los silencios también hablan”.

Nuestro desarrollo se verá, necesariamente, teñido de una somera reseña y análisis de la propuesta que en materia de Responsabilidad Civil, propone la Comisión de Reformas. Se impone también, la referencia al reemplazo que en materia de responsabilidad del Estado, sufriera el Anteproyecto elaborado por la Comisión.

Veamos entonces, en esta primera aproximación, qué nos presenta -y muy probablemente depara-, “el Proyecto” en materia de responsabilidad de establecimientos educativos.

## **2) Sinopsis<sup>249</sup>**

<b>Art. 1.117 del Código Civil</b>	<b>Art. 1.767 del Proyecto de</b>	<b>Síntesis</b>
	<b>Código Civil y Comercial,</b>	
	<b>de la Comisión creada por</b>	
	<b>Dec. 191/2011</b>	

---

<sup>249</sup> Cuadro de Autor.

Los propietarios de El titular de un a) Modifica el término establecimientos educativos establecimiento educativo “propietarios” por el de privados o estatales serán responde por el daño “titular” responsables por los daños causado o sufrido por sus b) Elimina la aclaración causados o sufridos por sus alumnos menores de edad de que la norma abarca alumnos menores cuando cuando se hallen o deban ambos tipos de gestión se hallen bajo el control de hallarse bajo el control de la educativa. La c) Incorpora la extensión la autoridad educativa, autoridad escolar. La de responsabilidad a las salvo que probaren el caso responsabilidad es objetiva circunstancias en que fortuito. y se exime sólo con la los menores “debieran prueba del caso fortuito. hallarse” bajo el control de la autoridad escolar.

Los establecimientos El establecimiento a) Se conserva la educativos deberán educativo debe contratar un obligación de contratar contratar un seguro de seguro de responsabilidad un seguro de responsabilidad civil. A civil, de acuerdo a los responsabilidad civil. tales efectos, las requisitos que fije la b) Sustituye el deber de autoridades autoridad en materia controlar el cumplimiento por parte jurisdiccionales, dispondrán aseguradora. de las “autoridades jurisdiccionales”, por la sujeción a los requisitos de la “autoridad en materia aseguradora”. las medidas para el cumplimiento de la obligación precedente.

La presente norma no se Esta norma no se aplica a Modifica el término “nivel

aplicará a los los establecimientos de terciario” por el de establecimientos de nivel educación superior o “educación superior”. terciario o universitario. universitaria.

### **3) Análisis de la primera parte**

#### **A) El titular**

“El Proyecto” sustituye el término “propietario” por el de “titular” del establecimiento educativo.

Entendemos que la modificación no obedece a una mera intención de hacer notar un cambio en la norma; por lo que no puede implicar sino una alteración en la persona, o posibles personas legitimadas pasivamente en una acción de responsabilidad por daños sufridos o causados por menores en un establecimiento educativo.

En ese orden de cosas, debemos recordar que, con la actual redacción del Código Civil, se ha discutido qué debía entenderse por “propietario”, término éste que vino a sustituir al de los “directores” y “maestros artesanos”, contemplados en el Código de Vélez a semejanza del ordenamiento francés, ampliamente superados por la dinámica social y educacional<sup>250</sup>.

En estos tiempos, existe un mayor consenso en que el “propietario” que refiere la norma, es aquel (o aquellos) titular/es de una organización o empresa de aprendizaje bajo supervisión docente; bastando la propiedad del establecimiento educativo, con independencia de que su titular no lo sea del edificio donde aquél se emplaza. Ello, sin perjuicio de que concurren ambas condiciones o de la responsabilidad que a ambos pudiera caberle, si se tratare de distintas personas. (Zavala de González, 1999, p.75)

---

<sup>250</sup> Al respecto, ver en esta obra, el Capítulo III.

Al modificarse el término empleado en la norma vigente, pareciera que se ha excluido de la responsabilidad agravada del régimen de responsabilidad que analizamos, al propietario del bien, claro está, a menos que reúna ambas condiciones.

La solución parece adecuada, toda vez que la fuente de responsabilidad en uno y otro caso, resultan disímiles. También lo son, las posibilidades de ejercer el control sobre las personas que puedan resultar afectadas, tratándose de un bien locado, siempre que el daño no provenga del riesgo o vicio de la cosa y/o que éstos no hayan sido introducidos por quien desarrolla la actividad.

### **B) Carácter de la gestión**

Luego de encendidos debates en torno a si la responsabilidad -contractual y objetiva- contemplada en el artículo 1.117 del Código Civil alcanzaba a los establecimientos públicos o si, por el contrario, éstos quedaban bajo la órbita del artículo 1.112; la reforma introducida por la ley n° 24.830 había, finalmente, zanjado esa discusión. De ese modo, la posición minoritaria que sostenía el carácter de extracontractual de la relación en los supuestos de establecimientos públicos [Sagarna (1994, pp. 45 y 143) y Salinas (1969, p.1.354)], perdió sustento.

La disposición actual no hace distinciones, dado que no es lógico que el régimen jurídico sea diferente según quién sea el dañador, y da por sentado un vínculo jurídico preexistente que hace nacer una responsabilidad contractual, ya sean instituciones educativas de gestiones privadas o estatales, gratuitas u onerosas. Aunque la educación se imparta en forma gratuita, el vínculo jurídico existe (se tratará de un contrato gratuito), que igualmente sienta prestaciones obligatorias para ambas partes. En ese sentido, se han pronunciado en forma

reiterada la doctrina y la jurisprudencia, considerando la existencia de un contrato, no obstante la gratuidad del mismo<sup>251</sup>.

La redacción propuesta en “el Proyecto” no incluye aclaración alguna al respecto.

Quienes inadvertidamente atendieran únicamente a la disposición específica en la materia, se llevarían a engaño si creyeran que la exclusión de la expresión “privados o estatales”, finca en el oportuno triunfo de la doctrina y jurisprudencia que sostenían que no existían razones para establecer diferencias entre uno y otro tipo de gestión, aspecto que se encontraba ya, prácticamente<sup>252</sup>, fuera de toda discusión.

Contrariamente a lo que podría pensarse, esperarse y a lo propuesto en el Anteproyecto; el Poder Ejecutivo Nacional excluyó al Estado y a sus funcionarios y empleados, del régimen de responsabilidad civil. A diferencia de lo que se había redactado originariamente<sup>253</sup>, el actual “Proyecto” propone que la responsabilidad del Estado, y la de sus dependientes por el ejercicio irregular de sus funciones, se rija por las normas y principios del derecho administrativo (nacional o local, según sea el caso), siéndole inaplicable al primero las disposiciones del Título V, de manera directa ni subsidiaria<sup>254</sup>.

Como era de esperarse, no tardaron en alzarse las voces en contra de tamaña modificación [Amarante (2012); ATE (s.f.) Álvarez (s.f.); Tonelli y Oyhanarte (2013)]. Otros, en cambio, la han ponderado (Cassagne, 2012, p.1-3) o, al menos, han intentado rebatir algunos de los argumentos expuestos en

---

<sup>251</sup> Entre muchos otros: López Mesa (2008, p.714); Novellino (1998, p.59); Andrada (2007, p.151); Sambrizzi (1998, p.853); Gregorini Clusellas (1989, p.499); Rodríguez Ocampo (2013, p.43-44)

<sup>252</sup> Alguna voz en contra, se ha reflejado en CSJ de Santa Fe, 03/05/2011. “Franco, Fabio Ramón c/ Ministerio de Educación y Cultura de la Provincia de Santa Fe y otro s/ ds. ps.”, RC, RCJ7561/11.

<sup>253</sup> Anteproyecto: Art. 1.766. Responsabilidad del Estado por actividad lícita; art. 1.764. Responsabilidad del Estado; art. 1.765. Responsabilidad del funcionario y del empleado público.

<sup>254</sup> Proyecto: Art. 1.764. Inaplicabilidad de normas; art. 1.765. Responsabilidad del Estado; art. 1.766. Responsabilidad del funcionario y del empleado público.

contra de la reforma introducida por el Poder Ejecutivo sobre el punto (Rubín, 2012).

En ese orden de ideas, González Zavala (2012) advierte que

(...) sacar del Código Civil los daños causados por el Estado, para que queden regidos de manera exclusiva y excluyente por “normas y principios del derecho administrativo nacional o local”, derivaría en este escenario: cada provincia e incluso cada municipalidad podría (y debería) regular su propia responsabilidad patrimonial. Lo más peligroso, claro está, es la desigualdad de trato y que se fijen restricciones contrarias al *alterum non laedere* (...)

También se pregunta el autor referido, “(...) cómo harán los jueces para sortear el pretendido impedimento de aplicar siquiera en subsidio las normas de responsabilidad civil, cuando el derecho administrativo no brinde soluciones concretas al supuesto dado”.

### **C) Alcance del deber de vigilancia**

Diez-Picaso y Gullón (1992) sugerían que, por la aplicación de este precepto, debe tenerse en cuenta que impartir una enseñanza no es condición suficiente sino que, además, el maestro o director tiene una obligación de custodia que se traduce en un deber de vigilancia del alumno. En consecuencia, cuando aquellos causan un daño a terceros se presume su responsabilidad, como en todos los casos del artículo 1.903 (del Código Civil Español), salvo prueba en contrario. De ahí también que la menor edad del alumno o aprendiz desplace la responsabilidad de los padres o del tutor hacia el maestro o director durante el tiempo en que se les confíe su instrucción. (1992, p.628-9)

En nuestro ámbito, ese deber pesa, en forma objetiva, sobre el propietario del establecimiento. Por esa razón, se ha dicho que es

absolutamente irrelevante todo intento de probar su "no culpa" en el cuidado y la vigilancia<sup>255</sup>.

Ya decía Bustamante Alsina (1984), aun antes de la reforma de 1998, que resulta razonable suponer que aun cuando el establecimiento no garantice como resultado que los alumnos serán devueltos a sus padres sanos y salvos, se encuentra ínsito en la naturaleza del contrato su compromiso a proporcionar todos los medios apropiados para que el menor no sufra daño alguno, como ser instalaciones adecuadas cuyo uso no comporte riesgos, la presencia de personal idóneo en el cuidado y vigilancia de los menores, etc. (p.73-4).

Al enunciado "cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa", la nueva norma propuesta añade "o deban hallarse".

La expresión no es materia novedosa en el estudio del tema abordado. En efecto, desde hace tiempo ya, la expresión "se halle bajo el control...", ha sido entendida con el alcance de que "se halle o deba hallarse" bajo el control de dicha autoridad<sup>256</sup>. Si alguna duda pudiera haber respecto de la vigencia del alcance de este deber, basta con consultar los fallos más recientes en la materia<sup>257</sup>.

La aclaración que ahora se propone incorporar, sólo viene a disipar cualquier margen de duda que todavía pudiera haber al respecto. Es que, aunque ella no existiera, no podría existir otra interpretación pues, de lo contrario, bastaría con que las personas a cargo de la actividad se desentendieran -adrede o por descuido, lo mismo da- de la vigilancia de los menores a su cargo, para eximirse de responsabilidad.

---

<sup>255</sup> CNCiv., Sala L, 02/02/2012. "G., R. M. c/ Instituto Inmaculada Concepción de Nuestra Señora de Lourdes y otros s/ ds. ps.", RC, RCJ 1889/12.

<sup>256</sup> C.Civ.Com.Minas de Paz y Tributaria de Mendoza Sala 3ª, 20/10/2009. "Castillo, Armando Héctor y ot. c/ Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza", LL (online), AR/JUR/53731/2009.

<sup>257</sup> Vgr. CCivCom. 1ª Nominación, Santiago del Estero, 18/04/2013. "R., V. H. y otra c/ Romero, Diego Enrique y otro s/ ds. ps.", Rubinzal-Culzoni (online), RC J 11768/13; íd. CNCiv. Sala "M", 12/12/2012, F., G. G. y otro c/ G.C.B.A. s/ ds. ps.", JA, 2013-II, pp.30-38.

Sobre el particular, numerosos precedentes (incluso anteriores a la reforma introducida por la ley nº 24.830) han señalado que la conducta de los menores que se encuentran realizando una actividad educacional, aunque ésta se desarrolle dentro o fuera del establecimiento (vgr. viaje de estudios, excursión cultural, actividad deportiva o recreativa, etc.), debe ser supervisada en todo momento, desde el ingreso del niño al establecimiento hasta su devolución "sano y salvo" a sus padres<sup>258</sup>.

#### **D) Tipo de responsabilidad**

Al decir de Zavala de González, la transformación de una responsabilidad subjetiva por otra objetiva, incorporada mediante la ley nº 24.830, se avalaba en dos razones. En primer lugar, el afianzamiento de la doctrina sobre un deber de garantía, concebido como de resultado, pues los padres delegaban en otras personas la guarda de sus hijos. En segundo, en que siempre que los alumnos menores se encuentren bajo control de la autoridad educativa, la seguridad a cargo del establecimiento debe ser brindada atendiendo a la no producción de daños en general, sean aquéllos agentes o bien víctimas de sucesos lesivos. (1999(2), p.680)

Para Moreno Martínez,

(...)se parte de la doctrina del riesgo, que mantiene que quien aprovecha las ventajas de una conducta, una empresa, unos medios o instrumentos, debe pechar también con los

---

<sup>258</sup> CNCiv., Sala E, 10/10/2006. "Ahrens, Cristina E. c/ G.C.B.A. s/ ds. ps.", *LL* del 01/02/2007, p.5; íd. *ED* del 08/05/2007, p.5; íd. Sala M, 07/11/2005. "P., G. S. c/ Orden de los Frailes Menores Capuchinos s/ ds. ps.", *ED* del 06/08/2007, p.7; íd. JA 2006-IV-79; íd. Sala H, 25/04/1995. "A., H. M. c/ Quilmes S.A. Expreso s/ ds. ps.", *LL*-1997-A-23; íd. Sala A, 03/07/2009. "G., R. J. c/ Babar Bilingual School Dominique Seguin s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ 46829; íd. Sala D, 18/03/1998. "Lanzilotta, Humberto c/ Escuela del Sol s/ ds. ps.", *JA* del 11-08-1999, nº 6154, pág. 52. En forma más reciente, CCiv.Com. de Córdoba Sala 3ª, 10/05/2012. "A., M. del V. y otro c/ Provincia de Córdoba s/ ds. ps.", *RC J* 6662/12; íd. C.Civ.Com.Minas, de Paz, Tributario y Familia de San Rafael, Mendoza, 08/11/2011. "Jaldin, Carla D. c/ Dirección General de Escuelas s/ ds. ps.", *RC*, RCJ1325/12; íd. C.Civ.Com.Minas, de Paz y Tributario de Mendoza Sala 1ª, 07/12/2011. "M. G. R. P.S.H.M. E. c/ Escuela Provincial nº 1-356", *MJ*, MJJ70167; íd. CCiv.Com. y Garantías en lo Penal de Necochea, 30/03/2007. "G. E. y otra c/ Colegio Nuestra Señora del Rosario s/ ds. ps.", *MJ*, MJJ10990.

inconvenientes, cuáles son, en primer lugar, reparar los daños que se causen por ello. Se buscan soluciones cuasi objetivas, aislado cada vez más el concepto de culpa y llevándolo al nexo causal. Y se llega a la objetivación: se desplaza la culpabilidad al nexo causal; la acción se califica por la culpa y ésta se sustituye por el riesgo. (2008, p.804)

La seguridad será entonces el objeto determinado, que adecuadamente cumplido, hará que su destinatario se mantenga indemne y si dicho logro fracasa, deberá presumirse incumplida. Entonces el deudor deberá responder salvo que demuestre que el daño se produjo (*onus probandi* a su cargo), por caso fortuito, fuerza mayor o hecho de la víctima o de terceros que no debe asumir y ninguna otra vía tendrá para exonerarse (Gregorini Clusellas, 1989, p.499). Actualmente, en los casos de daños sufridos o provocados por alumnos, sólo el caso fortuito ha sido previsto como eximente legal.

Es indudable que la obligación del establecimiento educativo no se reduce a prestar educación, sino que abarca también la de seguridad. Aunque esta obligación se halla vigente tanto en el plano contractual como en el extracontractual, lo que determina la obligación contractual, para distinguirla de la responsabilidad extracontractual, no es necesariamente la existencia efectiva de un contrato del que el autor del daño hubiera incumplido su obligación, sino puramente la existencia de una concreta obligación preexistente, cualquiera sea la fuente. La extracontractual se presenta aún cuando ella no haya sido asumida por el agente, pues simplemente surge del deber genérico de no inferir lesión en la esfera jurídica ajena<sup>259</sup>.

No es discutible entonces, que el titular del establecimiento educativo responderá en base a un criterio objetivo. Por otra parte, la norma mantiene la limitación de la defensas a la prueba del caso fortuito.

Zavala de González, afirma que la responsabilidad objetiva de los propietarios de establecimientos tiene su razón de ser "(...) en el

---

<sup>259</sup> Así lo tienen dicho, entre muchos otros, CNCiv. Sala L, 13/12/1996. "Borlee, María Cecilia e/ M.C.B.A. s/ ds. ps.", *LL*, 1997-C-765; íd. Sala D, 18/03/98. "Lanzillotta, Humberto José y otra e/ Escuela del Sol y otro s/ ds. ps.", *JA* del 11/08/99, n° 6154, pág. 62.

“afianzamiento de la doctrina sobre un deber de garantía, concebido como de resultado”, pues el establecimiento “debe asegurar la no producción de daños en general, sean aquellos (los alumnos) agentes o bien víctimas de sucesos lesivos” (...)” (1999(1), p.74). La posición es compartida por Sagarna (2003, p.927), Gianfelici (1999, p.589 y 1995, p.100) y López (2005, p.473), aunque para este último, la garantía es puesta en cabeza de quien se encuentra en mejor posición para responder por las consecuencias dañosas. Por eso dice que “(...) la justificación radica en un intento de distribución más equitativa de los daños y el espíritu proteccionista de la víctima que alienta el moderno Derecho de Daños”. En igual sentido se expresa Sambrizzi (1998, p.853).

Al factor garantía, Kemelmajer de Carlucci agrega el del riesgo. Al decir de la distinguida jurista cuyana, se trata de una garantía creada por la ley fundada en el riesgo de empresa. A renglón seguido, aclara que “no se trata de que la educación sea una actividad riesgosa ni peligrosa, sino que la ley impone, a quien presta el servicio de modo organizado (sea un ente público o privado) el deber de prestarlo sin producir daños (...)”. (1998, p.1.047)

Las ideas giran a una misma idea de garantía del prestador del servicio educativo, matizada con consideraciones sobre el riesgo creado o con criterios economicistas, como el aseguramiento de la indemnización. En cualquier caso, las eximentes se limitan a la prueba del hecho que rompe o concausa el nexo causal. (Márquez, 2006)

En el estado en que se encontraba el desarrollo del tema, poco o nada quedaba por discutir, en torno a la responsabilidad objetiva de los propietarios de establecimientos educativos. No obstante lo cual, el artículo 1.767 “del Proyecto”, expresamente así lo señala.

Asimismo, e intentando poner fin a un debate de larga data, la “Comisión” expresa en los “Fundamentos del Anteproyecto”, que en la definición de la imputación objetiva se ha prescindido de la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado, pues es claro que si el deudor promete un resultado determinado y éste no se obtiene, no puede eximirse demostrando

su falta de culpa, sino que sólo se libera con la prueba de la ruptura del nexo causal.

### **E) Causal de exoneración**

“El Proyecto” recepta la misma causal de exclusión contemplada en la redacción vigente de la norma aplicable (art. 1.117). ¿Qué puede haber cambiado entonces? Veamos.

No cabe duda que el caso fortuito es, hoy día, la vía por la cual los propietarios de establecimientos educativos pueden intentar eximirse de responsabilidad frente al daño sufrido o causado por los menores de edad a su cuidado. No obstante, el alcance que debe asignársele a ese término ha generado algunas polémicas doctrinarias y fallos encontrados.

La controversia se acentuó sobre tres ejes principales.

El primero, consistió en establecer si el “caso fortuito” debía entenderse *stricto sensu* o, en su defecto, si fue la real voluntad del legislador disponer a la “fuerza mayor”.

En este último sentido se pronuncia Gianfelici (1999), quien expresa que, de no interpretarse adecuadamente la expresión "caso fortuito", puede suceder que “(...) se admita como eximente al caso fortuito, sentido estricto, el que excluye la relación de culpabilidad, con lo cual, se desvirtuaría el régimen de responsabilidad objetiva que se pretendió implementar, desembocando en el análisis de la culpa (...)”. Por ello insiste en que la norma debió decir "caso de fuerza mayor", o bien, utilizar una expresión análoga que lo implicara. (p.589)

Por el contrario, Alterini afirma que,

(...) técnicamente, es posible distinguir el daño inevitable (caso fortuito) del daño producido a pesar de haberse obrado una conducta diligente (no culpable) pues, para excluir la responsabilidad, se exige inexorablemente la ocurrencia de caso fortuito -en sentido estricto, como hecho imprevisible e irresistible-

, siendo responsable quien no ha realizado todo lo necesario, hasta la frontera de lo imposible. En tanto, si resultara suficiente la falta de culpa, no sería responsable quien ha actuado con la diligencia correspondiente a las variables particularidades de cada caso (...). (1999, p.607)

En principio, la reiteración de la utilización del término “caso fortuito” en “el Proyecto”, pareciera no dejar margen de dudas de que la intención es sostener la eximente del caso fortuito en sentido estricto, y no el de fuerza mayor. No obstante, de la lectura de su art. 1.730, rápidamente advertimos que ello no es así. Allí se expone que “...Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos.

Sin perjuicio de los alcances de la responsabilidad que se desprenden de la norma en concreto, y de las demás contenidas en el Capítulo 1, del Título V, del Libro Tercero, del “Proyecto”; consideramos que, en razón de las controversias interpretativas reseñadas, hubiera sido conveniente atender a las diferencias conceptuales de ambos términos. En su defecto, de sostenerse su asimilación, haber mencionado en forma expresa, cuál de los alcances debe entenderse aplicable.

En cuanto al segundo dilema planteado, referido a la extensión del término en examen, y si éste admite la exoneración por la culpa de la víctima o el hecho del tercero, una postura amplia ha señalado que resulta posible entender que, cuando éstos reúnan las características del caso fortuito, podrían justificar la exención de responsabilidad del titular del colegio. En esta línea de pensamiento se enrolaron autores tales como Kemelmajer de Carlucci (1998) (integrante de la Comisión), López (2005) y Loizaga (2005), aclarando este último, que debe tratarse siempre de un hecho externo y ajeno a la actividad educativa.

En contra, se pronuncia Sagarna (1997, p.927), quien pregona que la única causal de exoneración es el caso fortuito y se excluyen a las causas ajenas: hecho de la víctima y hecho del tercero. En el mismo sentido, Márquez (2006) afirma que

(...) si se entendiera que aún en ausencia de norma, el régimen general de la responsabilidad es de tipo objetivo, todas las eximentes causales servirían como defensa. Más aquí hay norma. La ley limitó las defensas, y, el texto, nos parece, no admite demasiadas interpretaciones. Si el hecho de la víctima o el hecho del tercero reúnen las características propias del caso fortuito, ya no deberemos utilizar aquellos conceptos para concluir en la eximición de responsabilidad, pues agregamos confusión conceptual a un tema axiológicamente difícil (...).

Pareciera que es ésta última interpretación la que prima en la nueva norma propuesta. La inclusión del vocablo "sólo", sinónimo de único o exclusivo, nos induce de ello. No obstante, no pueden soslayarse los términos propuestos en el art. 1.731, que expresa que para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito. Entonces, esta última causal, en los términos expuestos, podrá también liberar al titular del establecimiento. No sucederá lo mismo respecto del hecho de la víctima, a tenor de lo que surge de la redacción del art. 1.729<sup>260</sup>.

Finalmente, se ha debatido si el caso fortuito, para poder configurarse, debe o no ser extraño a la actividad en que se analiza.

Para algunos, a los recaudos de imprevisibilidad e irresistibilidad, debe agregarse el de la extraneidad (Bustamante Alsina, 1993, p.308)<sup>261</sup>, afirmando que para que se configure el *casus* debe tratarse de un hecho exterior, extraño a la cosa o actividad, de magnitud, de carácter extraordinario, esto es ajeno a la explotación, a las actividades propias del deudor (Goldemberg, 2000).

En un pronunciamiento claramente enrolado en la postura que restringe la exoneración por aplicación del caso fortuito se ha dicho que, aun cuando el

---

<sup>260</sup> Art. 1.729. Hecho del damnificado. La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial.

<sup>261</sup> En igual sentido, CNCIV. Sala A, 03/07/2009. "G. R. J. c/ Babar Bilingual School Dominique Seguin s/ ds. ps.", MJ, MJJ46829.

daño se haya producido por una circunstancia interpretada como fortuita por lo inesperada, si se trata de una contingencia previsible en abstracto para el colegio, debe éste responder de manera objetiva<sup>262</sup>. En tal sentido, la alternativa dañosa se expone en causación indiscutiblemente compatible con la previsión del artículo 901 del Código Civil en su primera parte, esto es que en su ocurrencia el hecho sucedió conforme el curso natural y ordinario de las cosas.

Por nuestra parte, no coincidimos con algunas de las apreciaciones de la doctrina y jurisprudencia que previamente reseñamos y que, reconocemos, es actualmente la postura mayoritaria.

En particular, no compartimos que, en el régimen vigente, el hecho deba ser extraño a la actividad escolar para que pueda configurarse el caso fortuito. No hay norma que la imponga y la interpretación de que ello surge del texto del artículo 513 cuando se refiere a que el *casus* debe ser ajeno a la culpa del deudor (Bustamante Alsina, 1993, p.309), no nos parece acertada en un marco donde nos referimos a los supuestos donde no hay acción u omisión reprochable al responsable, sino mera obligación objetiva de responder.

En coincidencia con la postura que nosotros adoptamos, Peralta Mariscal señala que "(...) la ley sólo exige el "caso fortuito"; todo lo demás son disquisiciones doctrinarias que podrían ser atendibles de *lege ferenda* pero que no cuentan con amparo legal de *lege lata*". A ello añade, que existe un dato concreto que permite advertir que se sobredimensiona esta interpretación en el caso particular. En efecto, tal como trae a colación, es pertinente recordar que en oportunidad del debate texto para esta norma en la esfera del Congreso de la Nación, se tuvo en particular consideración el propuesto por el diputado Mathov que establecía expresamente el requisito de externalidad del caso fortuito. No obstante, éste fue suprimido de la redacción definitiva, lo que indudablemente deja abierta la posibilidad de que el caso fortuito sea eximente

---

<sup>262</sup> CCivCom. de San Martín, sala II, 17/98/2004. "Calderón, Lilitiana y otro c. Instituto Educativo Casa del Sol SRL", LLBA 2005 (febrero), p.116.

de responsabilidad aún cuando no sea "externo". Ello así, concluye "(...) la propiciada "externalidad" del caso fortuito no responde a una directriz legal sino al arbitrio del intérprete (...)", por lo que a su modo de ver, la externalidad o internalidad del caso fortuito son datos irrelevantes para sentenciar<sup>263</sup>. Además, agrega que "(...) esa externalidad ha sido entendida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el sentido de ausencia de culpa del demandado (Ac. 45.606, sent. del 11-VIII-1992)"<sup>264</sup>.

De sancionarse "el Proyecto", esta discusión quedará cerrada. Es que, a tenor de lo propuesto en su art. 1.733, aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o actividad<sup>265</sup>.

Por último, en lo que respecta a la carga de la prueba de la causal de exención contemplada, no podrá haber duda alguna de que aquella pesará sobre quien la invoque. A tenor de lo expresamente previsto por el art. 1.734 del "Proyecto", excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponderá a quien los alegue.

#### **4) Análisis de la segunda parte**

##### **A) El seguro obligatorio.**

Se conserva la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil.

El seguro se presenta como el contrapeso de una obligación de responder prácticamente ineludible, cualesquiera que sea el fundamento que la

---

<sup>263</sup> En contra se pronuncia Moeremans (2013), para quien los Antecedentes Parlamentarios no son óbice para que se interprete la norma en base a la tesis amplia.

<sup>264</sup> De su voto en minoría en CCiv.Com. de Bahía Blanca Sala 2ª, 06/11/2009. "V. y otros c/ P. D. B. A. y otros s/ ds. ps.", MJ, Microjuris, MJJ53286.

<sup>265</sup> Art. 1.733, inc. e).

motiva (deber de seguridad, deber de garantía, riesgo de la empresa, solidarismo, etc.). De ese modo, se pretende garantizar a la víctima el cobro de las sumas necesarias para indemnizar el daño y, a la vez, proteger el patrimonio del establecimiento educativo asegurado.

Es así que, junto a Lambert-Faivre, podemos decir que "(...) la eficacia concreta impone la referencia obligada a los mecanismos de seguro de responsabilidad sin los cuales toda nuestra bella construcción de responsabilidad civil fracasaría en la nada de una insolvencia generalizada de responsables". (1987, p.19)

En tiempos más cercanos, incluso quienes han promovido y ponderado la disposición de un seguro obligatorio, han criticado, tanto la mala técnica legislativa para su regulación -que podría derivar en que la misma sea letra muerta-, cuanto la ineficacia del mismo en la situación económica actual de la mayoría de las compañías que prestan el servicio (Mathov, 1996, p.1.647; Kemelmajer de Carlucci, 1998, p.1.069).

A ello debemos sumar la onerosidad de los mismos, la dualidad de régimen que dificulta enmarcar el contrato y delimitar su vigencia, el necesario aumento en el costo educativo y la falta de claridad sobre cuál es el órgano del Estado encargado de controlar su contratación.

Desde otro ángulo, recordemos que la compañía de seguros no tiene legitimación pasiva autónoma, imponiéndose entonces la condena del asegurado si se quiere que ésta responda compulsivamente. De ese modo se crea una suerte de callejón sin salida para el dueño del establecimiento educativo, pues en un régimen que busca no dejar daño sin reparar, le será prácticamente imposible liberarse de una condena si pretende que su aseguradora sea obligada al pago. Como recuerda Diez Picaso, el seguro no suprime la responsabilidad, no se puede prescindir de ella para articularlo. El asegurador responde porque el asegurado es un responsable civil. (1992, pp.595-6)

Por eso, como señala con agudeza Pizarro (2006),

(...) es una pena que el seguro obligatorio no haya sido acompañado de un sistema de liquidación del daño en tiempos acotados, con un mecanismo de pronto pago y sanciones para las aseguradoras que no cumplan en debida forma, lo cual habría permitido paliar el otro gran problema que se presenta a las víctimas (además de la solvencia del responsable): los tiempos excesivamente prolongados que insumen los litigios. (p.428)

Frente a la cuasi infranqueable obligación de responder establecida en función del sistema denominado “derecho de daños”, debería entonces instrumentarse un sistema de seguro solidario o similar, o la acción directa contra la compañía de seguros, que permita a la víctima presentarse acreditando el hecho y el daño, sin que el organizador de la actividad educativa tenga que someterse a un proceso en el que está condenado a perder desde un principio, a intentar demostrar que no debe responder.

Como ya hemos mencionado en puntos anteriores, algunos establecimientos han encontrado una “salida” a este dilema, aunque para ello han debido duplicar sus costos. Esta “solución” consiste en la contratación de un segundo seguro de índole personal (además del obligatorio), a fin que responda -prontamente y sin mayores recaudos- desembolsando las sumas necesarias para evitar conflictos judiciales con los progenitores del menor o menores lesionados. De ese modo también, queda cubierto también el margen de la franquicia, usualmente establecidas en los contratos de responsabilidad civil.

## **B) La autoridad de control**

Se sustituye el deber de controlar el cumplimiento por parte de las “autoridades jurisdiccionales”, por la sujeción a los requisitos de la “autoridad en materia aseguradora”.

La disposición vigente, establece que las que dispondrán las medidas para la contratación del seguro serán las autoridades jurisdiccionales, lo cual significa que deberían ser las distintas provincias las que dicten las

disposiciones a ese efecto, para ser aplicadas a los establecimientos educativos existentes en cada jurisdicción provincial. La redacción mereció numerosas y fundadas críticas. En particular, debido a la delegación en las provincias la regulación en la materia, anticipando los riesgos de omisión que ello implicaba. En la práctica, más que un riesgo, es una incontrastable realidad.

En ese orden de cosas, no podemos sino celebrar la adecuada modificación que “el Proyecto” propone. No obstante lo cual, entendemos que el ejercicio de la “autoridad en materia aseguradora”, no debe limitarse a los requisitos de autorización. También deberá controlarse anualmente la vigencia y alcance de la cobertura pues, de lo contrario, podría suceder que una vez ocurrido el accidente, se advierta la falta de seguro (vgr. por falta de pago de la prima; por liquidación de la compañía; etc.) recién al intentar obtener el cobro de la indemnización frente a la compañía. De verificarse el incumplimiento, debieran imponerse sanciones.

## **5) Análisis de la tercera parte**

En su última parte, la norma vigente y su correlativa en “el Proyecto”, exponen la exclusión de un determinado grupo de establecimientos educativos. Ambas coinciden en la dejar fuera de este ámbito de responsabilidad a las universidades. No obstante, “el Proyecto” modifica el término “nivel terciario” por el de “educación superior”<sup>266</sup>.

A tal efecto, es conveniente recordar que los niveles del sistema educativo, según lo establece el Ministerio de Educación de la Nación<sup>267</sup>, son:

---

<sup>266</sup> La expresión educación superior (o enseñanza superior, estudios superiores o educación terciaria) se refiere al proceso y a los centros o instituciones educativas en donde, después de haber cursado la educación secundaria o educación media, se estudia una carrera profesional y se obtiene una titulación superior (o título superior o título profesional)

<sup>267</sup> De su sitio oficial: <http://portal.educacion.gov.ar/sistema/la-estructura-del-sistema-educativo/los-niveles/>

educación Inicial<sup>268</sup>, educación Primaria<sup>269</sup>, educación Secundaria<sup>270</sup> y educación Superior<sup>271</sup>.

En ese orden de ideas, la reforma propuesta acierta en subsanar el defecto de técnica legislativa de la anterior redacción, que consistió en referir a la educación “terciaria”, que la ley específica no contemplaba.

Pero, a nuestro entender, se está desaprovechando una valiosa oportunidad de sentar, en forma expresa, el alcance de los establecimientos comprendidos en la norma. Es que esta cuestión ha venido presentando numerosas controversias, tanto en doctrina como en la jurisprudencia.

Si bien hasta hoy, a los fines del artículo 1.117 del Código Civil, la figura se encuentra mayoritariamente delimitada en el ámbito de los establecimientos que menciona la Ley Federal de Educación, existe una corriente doctrinaria impulsada por juristas de renombre que intenta ampliar la previsión de la norma para todos aquellos que propongan una actividad dedicada a la enseñanza de menores en forma organizada.

En ese orden de cosas, para Caballero Lozano,

(...) establecimiento educativo o centro docente puede ser entendido como la organización de tipo empresarial dedicada a la educación de los niños y adolescentes y que imparte conocimientos correspondientes a un nivel de enseñanza ya sea reglada o libre (caso de “academias” de toda índole), concepto que se ha de aplicar a cualquier tipo de establecimiento, con independencia de su carácter público, privado o “semi público”.

---

<sup>268</sup> Comprende a los/as niños/as desde los cuarenta y cinco (45) días hasta los cinco (5) años de edad inclusive, siendo obligatorio el último año.

<sup>269</sup> Comienza a partir de los 6 años de edad. Consta de 6 o de 7 años según decisión de cada jurisdicción.

<sup>270</sup> Consta de 6 o 5 años según cada jurisdicción lo determine. Se divide en dos (2) ciclos: un Ciclo Básico, de carácter común a todas las orientaciones y un Ciclo Orientado, de carácter diversificado según distintas áreas del conocimiento, del mundo social y del trabajo.

<sup>271</sup> Comprende: •Universidades e Institutos Universitarios, estatales o privados autorizados, en concordancia con la denominación establecida en la Ley N° 24.521. •Institutos de Educación Superior de jurisdicción nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de gestión estatal o privada.

Esta responsabilidad puede ser extendida a los centros docentes dedicados a la rehabilitación de menores, porque en ellos hay un sistema organizado de enseñanza o al menos está bajo el control de una autoridad educativa. (1991, p.917)

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci opina que

Por las palabras de la ley y los fines declarados puede entenderse que la ley contempla todos los supuestos en que la enseñanza se imparte a un menor a través de una organización de tipo empresarial que supone control de una autoridad. Así por ejemplo, la responsabilidad objetiva no afecta a una maestra de inglés que da clases particulares, pero sí a un instituto, organizado bajo la forma de empresa, que tiene una dirección o función equivalente. (1998, p. 1.058)<sup>272</sup>

No coincidimos con la interpretación propuesta en este sentido. En primer lugar, por cuanto es claro que la reforma debatida en su oportunidad, sólo tuvo por fin introducir cambios en el sistema educativo integrado por los colegios. Ese fue el objeto de debate y tratamiento parlamentario. Desde luego que ello no es óbice, en los casos en que pueda presentarse un reclamo por los daños derivados de una actividad de enseñanza, a que se consideren analógicamente las razones que llevaron al legislador a objetivar la responsabilidad del propietario del centro educativo. Pero de ahí a afirmar que existe identidad de régimen entre el supuesto expresamente previsto y otros que puedan ser similares, hay un largo trecho. Máxime cuando se trata de una previsión legal que agrava en forma notoria la situación de un grupo determinado de personas en virtud de las consideraciones efectuadas a su respecto.

No obstante lo cual, algunos fallos (que por el momento son minoritarios) han comenzado a asimilar –directamente o por analogía- el régimen de responsabilidad previsto en el art. 1.117 del Código Civil para los establecimientos educativos, a distintas actividades de enseñanza<sup>273</sup>. En cuanto a las guarderías, por el momento, no hemos encontrado antecedentes

---

<sup>272</sup> En igual sentido, Pizarro, 2006, pp.406-7.

<sup>273</sup> CNCiv. Sala "C", 07/04/2011. "R. G., L. E. c/ Scout de Argentina Asociación Civil", *Rubinzal-Culzoni* (on line), RC J 9728/11; íd. Sala "J", 29/03/2012. "I., M. c/ Arzobispado de Buenos Aires s/ ds. ps.", RC, RCJ2659/12.

que las incluyan en la previsión de la norma referida, lo cual, en coincidencia con Sagarna (2002(2)), consideramos que sería inadecuado.

Lamentablemente, tampoco los “Fundamentos del Anteproyecto” nos brindan una mayor precisión sobre el punto. Allí se dice que, en cuanto a la educación superior y universitaria, ya no puede predicarse que exista un deber de cuidado similar al de los otros establecimientos. Pero no aclara el alcance que debe asignársele al término.

Sin embargo, pareciera que la intención del “Proyecto”, aunque no se diga en forma expresa, es la de ampliar el ámbito de responsabilidad objetiva legalmente impuesta, a todas las instituciones en las que se imparta enseñanza de algún tipo. No obstante lo cual, por las razones que expusimos *supra*, consideramos que de ser ése el espíritu de la norma propuesta, debería indicárselo en forma expresa.

## **6) Reflexiones**

Como hemos intentado exponer a lo largo de este Capítulo, pensamos que “El Proyecto” contiene una serie de aciertos en su articulado, dignos de reconocimiento. En lo que se refiere a la materia estudiada, destacamos la sistematización del régimen de responsabilidad, la recepción de las críticas y controversias que se sostienen a la fecha, la inclusión de la prevención como elemento importante en este aspecto y algunas precisiones en materia de daños.

No obstante, lamentamos que no se aproveche la oportunidad para zanjar algunas otras controversias doctrinarias y jurisprudenciales que, al derivar en disímiles soluciones a casos análogos, contribuyen a la inseguridad jurídica y al aumento de la litigiosidad. La nota de color (negro desde nuestro punto de vista), lo da la reforma del Poder Ejecutivo al Anteproyecto, mediante la cual se excluye al Estado del sistema de responsabilidad civil, pues, sin perjuicio de los argumentos expuestos en favor de la primacía del Derecho Administrativo cuando la actuación del Estado se vea involucrada, creemos que

en las circunstancias actuales, hubiera sido conveniente sujetar su responsabilidad civil a los jueces del Derecho Privado.

No obstante lo cual, al momento en que se formula esa tesis, el “Proyecto” se encuentra en estado de análisis y debate; razón por la cual, todavía nos queda un dejo de esperanza de que alguna de las observaciones apuntadas puedan ser consideradas.

## **CAPÍTULO XIII**

### **Nuestra postura**

#### **1) Una visión crítica de la realidad**

No podemos soslayar que la visión del tema a la que adherimos es, en la actualidad, minoritaria. El “derecho de daños” se ha abierto paso y ha crecido a pasos agigantados en los últimos años dentro del marco de la responsabilidad civil, ganando autonomía y, aunque no vaya a sustituirla, ha comenzado a

abarcó gran parte de su esfera de incumbencia en lo que, para algunos, representa una superación (Burgos, 2010).

El espíritu reparador de los daños sufridos ha llevado, dentro del marco de la teoría del riesgo, a considerar “cosa riesgosa” a casi todo objeto inanimado, como así también a poner en cabeza de quien organiza cualquier tipo de actividad, el cargar con la totalidad de las consecuencias que pudieran surgir en ese ámbito. A veces pareciera que ya no importa la conducta de las víctimas, ni la de los terceros (tanto menos si se presentan insolventes) ni, como en nuestro caso, si se trató de circunstancias imposibles de evitar.

En lo que atañe a los establecimientos educativos, resulta de gran interés traer a colación las reflexiones de Márquez, cuando apunta que

(...) lo que ha hecho la ley es crear una norma que exorbita el régimen general, agravando la posición del deudor y limitando sus defensas. En el plano de los valores, es posible que la cuestión deba replantearse y si la norma viola algún derecho fundamental, amparado por la Constitución Nacional (pensamos en la violación del debido proceso material -la irrazonabilidad de la norma), la vía será intentar su inaplicabilidad a través de las herramientas pertinentes.

¿La norma es excesiva? Probablemente, aunque el propio legislador buscó la salida a través de un seguro obligatorio y el control también obligatorio de los organismos estatales, cargando a estos con responsabilidad en ausencia del seguro.

¿Nuestra posición parece demasiado dogmática y acotada a una interpretación literal? Es cierto. Mas hace tiempo que el sistema viene pidiendo una cierta reordenación, a través del dictado de normas claras, que trasuntan con la menor confusión posible las políticas emanadas de los órganos encargados de marcarlas. Pues bien, si la norma es clara, apliquemos su texto. Y si es injusta, la impugnemos y que los jueces lo decidan. Esa es su función. (2006)

Como hemos señalado anteriormente, no nos parece desacertada la intención de buscar los medios para intentar forzar la adopción de medidas de

seguridad<sup>274</sup>, como así tampoco el noble propósito de proteger a la parte más débil del contrato.

Tampoco discrepamos con establecer un régimen más estricto para aquellos que tienen a su cargo los bienes más preciados como son la salud o la vida de las personas y, en particular, los de uno de los grupos más vulnerables.

Pero no por eso compartimos extender la obligación de seguridad como una suerte de garantía mecánica y absoluta. De ser así, se estaría consagrando una solución excesiva que pondría pretorianamente en cabeza de la institución los riesgos y peligros ínsitos en cualquier práctica que importe una actividad física. Tanto menos, cuando ésta es voluntariamente desplegada y asumida en sus consecuencias (tanto beneficiosas como perjudiciales) por el protagonista -y en el caso de minoridad por sus padres-, objetivando la responsabilidad a un extremo injusto, en tanto tales contingencias no pueden ser previstas o evitadas por la entidad. Esto es precisamente el *casus* (art. 514 Código Civil), que está receptado como eximente de responsabilidad al no existir causalidad adecuada en el supuesto consagrado legalmente por el artículo 1.117 del Código Civil<sup>275</sup>.

De tal modo, no podemos sino rechazar la suerte de condena anticipada que la interpretación que suele hacerse del régimen actual importa, donde pareciera que la única eximente sería la caída de un rayo (y ello siempre que no se decidiera realizar una actividad deportiva en un día nublado pues ello podría llevar a presumir la irresponsabilidad del organizador), hay una gran diferencia.

Nos permitimos el giro literario en el marco de un trabajo de esta naturaleza únicamente porque, en el estado actual de cosas, pareciera que

---

<sup>274</sup> En ese sentido, a fin de comprender la importancia y ventajas que representa la prevención, resulta sumamente ilustrativo el trabajo de Zavala de González (2011). Aunque no compartimos todas las apreciaciones allí contenidas, sí coincidimos en la importancia de arbitrar medios suficientes de prevención y adecuados de reparación.

<sup>275</sup> CCiv.Com. de Junín, 01/03/2011, "Minguilla Bernardo c/ Club Social Cultura y Deporte de Chacabuco s/ ds. ps.", *IJ*, *IJ*-XLIII-299, y la doctrina y jurisprudencia allí citadas.

sólo si llevamos nuestro razonamiento hasta el absurdo podrá comprenderse la sinrazón de los fundamentos a la que a veces lleva la intención de no dejar daño sin reparación. En similar sentido, se cuestiona Peralta Mariscal<sup>276</sup> si no llegará el punto en que se exija un aula y un docente por cada alumno si es que no se quiere ser condenado por cualquier hecho que ocurra en el marco educativo.

Es que pareciera ser que la causal de exoneración prevista, no resulta ser ya un eximente en virtud de la “compasión” que el mal sufrido genera y de que “alguien” debe siempre responder frente al daño.

Como enfáticamente señalara López Mesa, el análisis detallado del artículo convence, en primer lugar, de la falta de técnica legislativa y de profundidad de análisis jurídico (y fáctico) del legislador que lo sancionó. Y, en segundo, del excesivo endurecimiento legislativo del régimen de responsabilidad de los propietarios de colegios, quienes para eximirse de responsabilidad tienen que probar el caso fortuito, “(...) lo que es rarísimo que ocurra, sobre todo por la munificencia de cierta magistratura en conceder resarcimientos de fuente o raigambre sensiblera”.

En estos supuestos, ni siquiera la prueba de la culpa de la víctima (incluso grave) los exime de responsabilidad, siendo la prueba del caso fortuito la única circunstancia eximente de que pueden valerse los propietarios de establecimientos de educación. De ahí que coincidamos en que el sistema ha sido endurecido en exceso al excluir las eximentes relacionadas con el hecho de la víctima y el hecho de un tercero; pues de tal modo se permite en forma injusta que el propietario del establecimiento pueda llegar a ser responsabilizado de daños producidos por causa ajena<sup>277</sup>, incluidos la torpeza absoluta de la propia víctima o su grave negligencia o el dolo de un tercero por quien no se deba responder. (2009(2))

---

<sup>276</sup> De su voto en disidencia en CCiv.Com. de Bahía Blanca Sala 2ª, 06/11/2009. “V. y otros c/ P. D. B. A. y otros s/ ds. ps.”, MJ, MJJ53286.

<sup>277</sup> En igual sentido, Sagarna (1997, p. 939).

## 2) Un espejismo: la “ideología de la reparación”

En sintonía con lo expuesto en el punto anterior, López Mesa (2009(2)) señalaba, en postura que compartimos, que

(...) el presunto modernismo de los partidarios de dar al damnificado alguna solución -a veces simplemente un premio consuelo o acto de beneficencia-, aunque sea desvirtuando el funcionamiento del sistema de responsabilidad civil, ha terminado cayendo en un exceso manifiesto: la ideología de la reparación (...).

A fin de enmarcar el concepto vertido, explica que

Llamamos "ideología de la reparación", siguiendo a la prestigiosa doctrina francesa (Mazeaud, D., 2001; Le Tourneau, P. y Cadiet, L., 1998; Cadiet, L., 1999), a la pretensión de algunos jueces y doctrinarios -bien intencionados posiblemente- de que todo perjuicio debe ser indemnizado, reúna o no el caso los presupuestos de la responsabilidad civil. (2008, p.270)

El concepto citado en el párrafo precedente, se integra con otro aporte del académico que aquí seguimos, cuando expone que

El pensamiento subyacente en esta ideología es que a la víctima de un daño algo hay que darle, criterio metajurídico que choca contra elementales reglas del derecho vigente que contemplan supuestos en que la víctima puede haber sufrido un daño que no sea indemnizable (cfr. arts. 1.111 y 1.113 párr. 2º CCiv -culpa de la víctima-, arts. 520 a 522 CCiv -límites a la reparación del daño en el segmento contractual de la responsabilidad-, arts. 905 y 906 CCiv -corte de la imputación de ciertas consecuencias dañosas-, Ley 17.418 -supuestos de culpa grave del asegurado o de la víctima-, etc.). (2009 (1))

Con desvelado sentido crítico, el profesor López Mesa reseña el análisis que de la tendencia actual en materia de daños resarcibles hemos venido exponiendo. En ese camino, señala que se pretende ir desgranando o disolviendo cada uno de los cuatro presupuestos clásicos de la reparación, de modo de irlos diluyendo y, finalmente, hacerlos desaparecer. A la par, esa tendencia ha sacralizado al daño, al que pretende entronizar como el único presupuesto importante de la reparación, “(...) uno cuya sola presencia convierte al damnificado en legitimado activo de un resarcimiento (...)”. (2009 (1))

Una segunda manifestación de esta ideología, dice, consiste en la consideración favorable de la actuación de la víctima, "...la que nunca se aprecia culpable en la medida suficiente para la autoresponsabilidad total o parcial...".

La tercera evidencia (que ya en otras oportunidades le hemos escuchado personalmente proclamar), es el sonsonete (creído por muchos a fuerza de escuchar sus repeticiones) de que la culpa ha dejado de tener incidencia en el derecho civil o ha desaparecido directamente como factor de atribución de responsabilidad.

La cuarta, sobre la cual hemos hecho hincapié a lo largo de este trabajo, es la apreciación severísima de las causales de exoneración de responsabilidad de los demandados, los que para un ideólogo de la reparación nunca llegan a actuar con tal corrección como para exonerarlos de responsabilidad.

Finalmente, aunque un tanto más larvadamente, señala que nos encontramos con el último síntoma de ella. Estos son los casos en que el juez - pese a rechazar la demanda- impone las costas en el orden causado, cuando no le queda más remedio que rechazar la pretensión de la presunta víctima, que de tal modo se revela aventurada. En estos casos, los fundamentos de la eximición de costas al vencido suelen ser metajurídicos y, en ocasiones, hasta risibles. (2009 (1))

No obstante, aún hoy, en tiempos en que la responsabilidad objetiva se presenta con fuerte apoyo doctrinario y jurisprudencial, no son pocos los casos en que -a pesar de su invocación- es la imputación de culpa el elemento considerado en definitiva para sustentar una condena.

Así las cosas, es innegable que legisladores, doctrinarios y jueces coinciden mayoritariamente en la necesidad de que los daños sean reparados y que el costo sea soportado por quienes se encuentran en mejores condiciones de afrontarlo o, en su defecto, se distribuya socialmente. No obstante, en

particular a los últimos, en muchos casos aun les cuesta imponer la obligación de responder a quienes no encuentran motivo de reproche alguno. No únicamente porque estén embebidos en un sistema de responsabilidad que se sustenta en la culpa. También porque es altamente cuestionable el hecho de que alguien deba responder por el mero hecho de contar con medios para hacerlo -lo cual, además, no siempre es cierto- cuando existen previsiones legales que lo eximirían de hacerlo.

Como señala López (2005), si bien lo que se busca es que se responda en forma objetiva por el daño causado, lo cierto es que el asegurado es también llevado a juicio pues no existe acción directa contra la compañía. Por ello, y como resulta harto difícil convencerse de condenar a una persona a responder cuando de su parte no hubo culpa alguna, se caen en los más intrincados e inverosímiles razonamientos para avalar el deber de responder del asegurado, justificado la mayoría de las veces en el incumplimiento de la garantía de indemnidad, aún cuando el daño resulte imprevisible y/o inevitable; para, de ese modo, condenar a la compañía aseguradora.

De tal forma, como emulando al tristemente célebre Poncio Pilato, muchos magistrados se desligan en el caso de hacer lo que es justo a fin de evitar repercusiones negativas entre “la multitud”, y hacen lo que “las modernas tendencias en materia de daños” indican como correcto.

Por estas latitudes, el espíritu resarcitorio -siempre que sea con dinero ajeno-, no encuentra límites. Se establece un mecanismo en el cual el ámbito de defensa legal es casi nulo, reduciéndose aún más cuando debe aplicarse en los estrados, a la vez que cada día se intenta ampliar el alcance de la reparación dando lugar a un incontenible desdoblamiento de rubros en un intento inagotable por duplicar indemnizaciones<sup>278</sup>.

### **3) Alternativas posibles**

---

<sup>278</sup> Sólo aquellos ajenos a la realidad, desconocen que quienes lucran con la industria del juicio obtienen sus réditos, precisamente, de los porcentajes de esos rubros indebida y exponencialmente incrementados.

En otros sistemas en cambio, se va adecuando el régimen resarcitorio a las particulares características de la responsabilidad objetiva. Por ejemplo, se determinan límites a los montos indemnizatorios si es que se sustancia la controversia en el marco de la responsabilidad objetiva, dejando librada la indemnización plena para aquellos que elijan la imputación de reproche por conductas indebidas.

Algo similar se intentó lograr en nuestro país con la cobertura de los infortunios laborales, mediante la creación de las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo. No obstante, reiteradamente los tribunales han declarado la inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios que se fijan en los baremos determinados legalmente.

En sentido contrario, aunque en el ámbito de la responsabilidad civil por accidentes de tránsito, el Tribunal Constitucional de España<sup>279</sup> falló que el legislador está legitimado constitucionalmente para establecer un régimen de baremación de daños en materia de accidentes automovilísticos. Para así decidirlo, tuvo en consideración: a- La alta siniestralidad de accidentes de tránsito; b- la naturaleza de los daños; c- homogeneidad de los daños derivados de los accidentes de tránsito; d- la existencia de un seguro obligatorio; y e- la necesidad de armonizar el derecho en los países de la UE.

Para Pagés Lloveras,

Estos factores –conforme la resolución del TC- son los que han hecho que el legislador opte por un sistema de socialización de daños derivados de accidentes de tránsito, entendido en dos sentidos: que el costo de los daños se reparte entre todos los conductores por el seguro; y que se puede establecer un sistema indemnizatorio que establezca topes a las indemnizaciones, es decir baremos que cubran todos los daños. Ahora bien – normalmente- la socialización parte de que los daños sean cubiertos por la sociedad en su conjunto. Pero esta socialización sólo tiene sentido cuando el sistema de responsabilidad no se basa en la culpa del conductor; por ende, si el conductor es culpable del accidente, no tiene sentido que la víctima cargue con

---

<sup>279</sup> STC de España, 29/07/2000. Sentencia 181/2000.

una parte de los daños y se resucita el sistema de reparación integral del daño (...). (2010)

Por otra parte, y aunque no coincidimos con muchos de los argumentos generalmente utilizados para justificar condenas, sí entendemos que es dable mencionar lo apuntado por de Lázzari cuando sostiene que

(...) las particulares relaciones contractuales que se advierten en el caso no conducen a garantizar que el menor se verá libre de accidentes sino que, ante su ocurrencia, ellas deben posibilitar alcanzar en alguna medida la recuperación de la salud física y psicológica, a través de tratamientos médicos o de otra especialidad. Este planteo habrá de conducir, en función del principio de equidad, a una conclusión en cuya virtud si bien los organizadores no están obligados a responder por todas las consecuencias dañosas del evento, en alguna medida deberán hacerse cargo de ellas. A tal efecto he de acudir al concepto de obligación de seguridad (...) <sup>280</sup>.

Sin embargo, en el marco específico de nuestro tema de análisis, nos permitimos reiterar lo expuesto por Orgaz al referirse a las lesiones deportivas. Señalaba el recordado jurista que

En el ejercicio deportivo los daños, aún los graves y no corrientes (muerte, fractura de huesos, conmoción cerebral, etc.), según la índole del deporte, resultantes de acciones dentro de las normas del juego o, incluso, frente a infracciones normales dentro del deporte, resultan en la impunidad penal y civil del autor por tratarse de un caso fortuito. Ello, claro está, siempre que no hubiesen derivado de violaciones a las reglas de juego con notoria imprudencia o torpeza o, desde luego, intención malévola. (1974, pp.179-80)

De ello se sigue que los accidentes deportivos, al no poder determinarse cuando, cómo o si efectivamente sucederán son, por ello, inevitables. De ese modo, configuran un claro ejemplo de caso fortuito y, como tales, su determinación debería ser suficiente para eximir de responsabilidad a los titulares de establecimientos educativos.

Por eso afirmamos junto con Zavala de González, que (...) **debió receptarse la liberación de los daños sufridos por los alumnos en**

---

<sup>280</sup> De su voto (cons. IV) en S.C.J.B.A., 09/06/2010. "G. E. O. y otro c/ Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s/ ds. ps.", MJ, MJJ56766.

***actividades educativas o recreativas normales e intrínsecamente inocuas, aunque en abstracto ofrezcan siempre alguna contingencia de daños (como lo ofrece cualquier actividad humana) (...)***<sup>281</sup>. (1999(1), p.95)

Toda otra interpretación -por más bienintencionada que pueda considerarse- se aparta del régimen legal vigente, privando injustificada, ilegal e inconstitucionalmente a los demandados de su derecho de defensa en juicio y su derecho de propiedad. Por eso, las indemnizaciones otorgadas soslayando las circunstancias que determinan la configuración de la eximente legal propuesta no configuran sino verdaderas –e inadmisibles- liberalidades judiciales.

No obstante la férrea crítica que hasta aquí realizamos, entendemos que poco o nada aportaríamos si no la acompañáramos de una propuesta superadora que se presente como una alternativa para compensar las deficiencias del sistema analizado.

A ello nos dedicaremos en el capítulo siguiente.

## **CAPÍTULO XIV**

### **Nuestra propuesta**

#### **1) Algunas apreciaciones**

En el tiempo que corre, en el que muchos pretenden entronizar el “derecho de daños”, podría parecer que proponer que un daño sufrido pudiera quedar indemne, fuera una suerte de “delito de lesa humanidad”. Por eso es que nos preguntamos una y otra vez, cómo compensar la ausencia de reparación en los casos en que el establecimiento educativo no debiera

---

<sup>281</sup> La cursiva es del original; la negrita nos pertenece.

responder, por configurarse la eximente de caso fortuito que importa el accidente deportivo, en los términos hasta aquí desarrollados.

La figura que se alza como estandarte del “derecho de daños” a efectos de garantizar la indemnización es, sin duda, el seguro obligatorio. Sin embargo, como vimos, este sistema presenta numerosos flancos débiles, que lejos están de asegurar que a la víctima de un hecho dañoso se le suministren, en tiempo y forma, los medios necesarios y/o suficientes para su reestablecimiento. Tanto más, si no se encuentra obligado el asegurado, por configurarse la eximente legal prevista.

A poco de sancionada la reforma al artículo 1.117 del ordenamiento civil, Kemelmajer de Carlucci señalaba que era muy probable que lo realmente efectivo, fuera establecer un sistema semejante al de la ley alemana del 18/03/1971. Allí, el centro educativo que está asegurado no es sujeto obligado; y “(...) sólo responde en caso de culpa o dolo del titular del centro docente, pero en el típico accidente derivado del riesgo de la empresa educativa, el único deudor es la aseguradora (...)”. (1998, p.1.069)

Compartimos con ella la necesidad de establecer la posibilidad de ejercer una acción directa (en particular por los argumentos que expusimos en el Capítulo XII, punto 3), tal como lo prevé el sistema alemán. Algo similar sucede con la solución adoptada en Nueva Zelanda, que es el sistema que inspira nuestra propuesta.

## **2) Regímenes de cobertura sin indemnización**

En Nueva Zelanda<sup>282</sup>, si un accidente ocurre, se lo denuncia ante la *Accident Compensation Corporation (ACC)*<sup>283</sup>, que es un seguro de accidentes estatal que se hace cargo de los costos que generan las consecuencias de la lesión sufrida. La cobertura es realmente amplia y comprende un gran abanico de posibles inconvenientes y perjuicios derivados del hecho dañoso. Si la incapacidad fuera tal que impidiera el desarrollo de actividades productivas futuras, se cubre con una suerte de seguro de desempleo de por vida. Pero no

---

<sup>282</sup> Tal como desarrollamos en el Capítulo IV, punto 4.

<sup>283</sup> <http://www.acc.co.nz/making-a-claim/what-support-can-i-get/ECI0027>

hay en ese sistema, la posibilidad de aspirar a un monto determinado en concepto de indemnización.

En cuanto al modo y tiempo que los trámites pueden demandar, es de destacar que para obtener la cobertura, sólo debe contactarse con un representante de ACC e informarse sobre la extensión de la cobertura en el caso concreto, llenar un formulario, enumerando las necesidades requeridas, y acompañar certificados médicos y facturas, recibos, presupuestos o cualquier otra prueba con que se cuenta para justificar las sumas reclamadas (sea por adelantado o como reembolso). También se pueden hacer pedidos verbalmente, pero en ese caso debe ser por un tipo de ayuda específica (ej: una silla para utilizar en la bañera), o autorizar otras personas, como por ejemplo un familiar o al médico para que realicen el pedido en su nombre. O, en nuestra hipótesis de estudio, el colegio. Una vez recibido el reclamo, se arregla una entrevista con un asesor de ACC para que éste evalúe el alcance del daño, las necesidades y la mejor forma para su tratamiento. El tiempo promedio en el que ACC se expide es de 21 días. Si la ACC declinara la cobertura o un alcance total de la misma, el damnificado puede pedir su revisión.

Una solución similar a la recogida de ámbitos más lejanos, se encontraba al alcance de nuestra mano y en operación, con óptimos resultados.

La Unión Argentina de Rugby (UAR) instauró un Fondo Solidario, que consiste en que cada jugador de las divisiones de los distintos Clubes que participa de las competencias en las categorías Juveniles (mayores de 14 y hasta los 19) y Superiores abona una vez al año una módica suma de dinero (\$50, para el año 2013) en concepto de fondo solidario, que permite la atención de lesiones de aquellos participantes que no cuentan con cobertura médica, o en todo lo que éstas no cubran. Las categorías Infantiles –hasta 14 años- no abonan, aunque están cubiertas con el mismo alcance.

¿Cómo opera este Fondo Solidario? En caso de una lesión sufrida durante el desarrollo de la actividad –la hipótesis que aquí trabajamos-, sea en un entrenamiento o en un partido, debe denunciarse el hecho ante la Unión provincial correspondiente. Si la lesión es sufrida durante un encuentro de Juveniles o Superior, a través de la tarjeta del partido que contiene un apartado para ser llenado por el médico que siempre debe estar presente. Si fuera durante un entrenamiento o un encuentro de Infantiles, a través del informe presentado por el responsable del Club.

En el supuesto que el jugador lesionado no cuente con cobertura médica (Obra Social o Medicina Prepaga) o que estas no cubran todas las prestaciones necesarias para su tratamiento, y con una reducida franquicia (\$500 para el año 2013), el Fondo Solidario se hará cargo de ellas.

Es de destacar que el Fondo se nutre no sólo con el aporte anual –que sería obviamente insuficiente- sino que las sumas recibidas son invertidas en un fideicomiso bancario de modo de generar una renta constante que permita ir costeadando los casos, a la vez de capitalizarse<sup>284</sup>.

De implementarse un sistema similar en el ámbito de la actividad escolar, se obtendrían otros beneficios que vendrían a dar respuesta a las críticas esbozadas al sistema vigente.

En primer lugar, ya no haría falta obtener una condena judicial contra el establecimiento educativo para que la prestación sea brindada, pues el Fondo responde ante la mera denuncia del hecho, acreditando la ausencia o insuficiencia de la cobertura y en la medida que sea necesario para solventar o reintegrar todos los gastos médicos, de medicamentos, tratamientos, estudios, prótesis, etc.

De hecho, podría llegar a determinarse que el Fondo responda sin franquicia, aunque estimamos que una limitación razonable previene el uso

---

<sup>284</sup> Se puede consultar por más información en: [www.uar.com.ar/eljuego/fondosolidario/reglamento](http://www.uar.com.ar/eljuego/fondosolidario/reglamento).

abusivo del instituto y contribuye a su sustentabilidad. Desde luego, entendemos que se podrán hacer excepciones si se acreditase su extrema necesidad.

Por otra parte, atendiendo a las consecuencias negativas que generan en la imagen de los establecimientos educativos las condenas judiciales, podría de este modo limitárselas sólo a aquellos supuestos en que razonable y verdaderamente, el colegio ha infringido su deber de cuidado y, por ello, ha sido necesario iniciar una acción judicial.

En segundo lugar, la interpretación de la norma en el sentido aquí propuesto, autorizaría a una renegociación de las primas abonadas en concepto de seguro obligatorio pues, es de toda lógica, que las probabilidades de responder por accidentes de este tipo –tal vez los más numerosos dentro de la actividad escolar-, se verá disminuida.

Ello importaría la utilización de esos montos, por escasos que puedan parecer, en una reducción de cuotas o costos. En su defecto, ya que se trata de sumas que se vienen erogando, en su inversión en mayores medidas de seguridad en los establecimientos.

### **3) En concreto**

La propuesta consiste entonces, en determinar un sistema que permita la pronta atención del menor lesionado a consecuencia de un accidente durante la actividad escolar, sin que sea necesario instar una acción judicial para obtener las sumas necesarias o su reembolso.

Desde luego que la cobertura de un fondo solidario o sistema similar no resarcirá otros aspectos tales como la incapacidad sobreviviente, la pérdida de chance o el daño moral. Sin embargo, no debe dejar de considerarse que se

trata de una erogación por motivos solidarios, toda vez que no se basa en la responsabilidad por el daño accidentalmente sufrido, sino que se sustenta en el interés por la pronta y mejor recuperación del alumno/jugador.

El hecho de que el alumno lesionado no cuente con los medios necesarios o suficientes para su tratamiento acepte el desembolso de las sumas por parte del fondo no implicará, en modo alguno, su renuncia a accionar por las vías correspondientes si considerase que el daño no provino de un hecho accidental, sino que fue producto de un acto doloso (por ejemplo un golpe de puño intencional durante el juego)<sup>285</sup> o por la negligencia de los responsables a cargo de la actividad<sup>286</sup> o de terceros aunque con responsabilidad del organizador<sup>287</sup>.

De configurarse alguno de éstos últimos, la solución no sería muy distinta de la que se advierte en los juicios civiles en los que se reclama por rubros que la ART ya cubrió, en todo o en parte. De ser así, si el Fondo hubiera efectuado erogaciones, sencillamente deberían descontarse las sumas ya recibidas en concepto de medicamentos, tratamiento o cualquier otro que ya haya sido cubierto, a fin de no configurar un enriquecimiento sin causa.

Desde luego que la propuesta no se limita a sugerir que el dinero provenga de otro lado. Es que, en el caso de los daños derivados de accidentes por la práctica deportiva, si la víctima quisiera intentar una acción judicial contra quien considera responsable, deberá entonces demostrar la culpa del establecimiento educativo (directa o refleja), derivada del incumplimiento de las obligaciones a su cargo. Y ello, sin perjuicio de la aplicación al caso de las distintas teorías civiles y procesales que ya alguna medida, agravan la situación procesal del titular del colegio.

---

<sup>285</sup> CNCiv. Sala "I", 23/12/2003. "Santero, Fernando F. c/ Lobato, Juan G. s/ ds. ps.", JA 2004-II-65.

<sup>286</sup> Juzg.Civ.Com. de 10a Nominación de Córdoba, 01/12/2004. "B. S. J. G. c/ Unión Cordobesa de Rugby y otro s/ ds. ps.", LLC 2005 (septiembre), p.892; criterio confirmado por la C.S.J.N., 20/11/2012, RC, RCJ9961/12.

<sup>287</sup> CNCiv.Com.Fed. Sala I, 11/03/1997. "R., D. E. y otros c/ Escuela Nac. de Comercio de Chivilcoy y otro s/ ds. ps.", LL, 1999-B, p.141.

También, puede pensarse en ir más allá de la acción directa contra las compañías aseguradoras, y establecer un sistema que funcione en razón de la socialización del daño, tal como ocurre en Chile (v. Capítulo IV, 3, D de este trabajo). Si como algunos proponen, no debe quedar perjuicio sin reparar y, por ello, debe buscarse siempre un agente solvente que responda con sustento en la socialización del daño cuando no es posible encontrar un responsable a quien se le pueda imputar dolo o culpa, es un seguro social quien debería hacerse cargo de esas consecuencias.

#### **4) Conclusiones**

El colegio debe ser siempre un ámbito en el cual se encuentren seguros nuestros hijos. Las actividades deben desarrollarse dentro de una órbita de control o supervisión permanente y en ámbitos adecuados para la actividad desplegada. Si ello no fuere así, el sistema educativo fracasaría.

Sin perjuicio de lo cual, no resulta razonable exigirle al establecimiento educativo mayores seguridades o garantías de las que los propios padres podemos brindarles en nuestros hogares. Por ello, no compartimos aquellas voces que pregonan que los progenitores encomendamos a nuestros hijos a las escuelas en la inteligencia de que nunca les sucederá nada. Ello nos parece sencillamente irracional y, en numerosas conversaciones con progenitores, nunca hemos escuchado lo contrario.

Lo que sí es razonable, es exigirle a quienes desarrollan la actividad un espacio adecuado, personal suficiente y calificado, materiales seguros, instrucción y supervisión constante, medios idóneos para actuar en caso de emergencias o accidentes, información apropiada y actualizada de las actividades programadas y, en caso de haber incurrido en alguna omisión a esas conductas debidas que deriven en un daño, que se responsabilicen por sus consecuencias.

En el supuesto de daños derivados de accidentes en la práctica deportiva en los términos expuestos en esta obra, resulta imposible predecirlos, prevenirlos y evitarlos. Por lo tanto, no sólo es injusto pretender que el establecimiento educativo responda por ello sino, también contrario a derecho, pues son el claro ejemplo del caso fortuito.

Sin embargo, nuestra investigación nos ha demostrado que la mayor parte de la jurisprudencia y de la doctrina soslaya la configuración del eximente previsto en el artículo 1.117 del Código Civil. Con buenas intenciones para con las víctimas, es cierto. Pero alterando el orden legal y, lo que es peor aún, sin advertir las contraproducentes consecuencias colaterales de sus decisiones.

La persistencia en un sistema como el vigente, provoca serias repercusiones negativas que ya han sido desarrolladas en este trabajo y que aquí enumeraremos una vez más.

- 1) No se da una pronta respuesta a la víctima,
- 2) Se somete al damnificado y al establecimiento a una forzada intervención judicial a fin que la aseguradora responda,
- 3) Se duplican o triplican los costos de una cobertura; sumas que podrían invertirse en cambio en prevención y mejoras,
- 4) Se desalienta la práctica deportiva, con la referida consecuencia nociva en la formación integral y la salud de los niños y adolescentes.

Es por eso que podemos afirmar que, en materia de accidentes deportivos, la interpretación y aplicación que generalizadamente suele hacerse del artículo 1.117 del Código Civil, lejos de beneficiar a quienes se ha intentado proteger, resulta perjudicial.

Si se quiere instaurar un sistema de reparación plena de todos los daños que puedan suceder, pues entonces deberá reformarse algo más que algunos artículos del Código Civil. Para ello será necesario reformular todo el sistema de responsabilidad y de las instituciones que la circundan. En particular, de la del seguro obligatorio, autorizando el reclamo o la acción directa contra quien deba responder o implementando un seguro social o solidario que responda frente al daño sin mayores requisitos que los de acreditar su existencia, extensión y necesidades de tratamiento o, de generar incapacidad, de un subsidio.

En sintonía con lo que venimos exponiendo, se ha dicho que la actual concepción de reparación integral nos fuerza a pensar hoy, la pronta coexistencia pacífica de subsistemas de seguros obligatorios, con acción directa, constitución de fondos de garantía y prioridad de atenciones inmediatas brindadas en especie -con aptitud de prever las necesidades futuras de los alcanzados por un daño. (Burgos, 2010; Zavala de González, 2011)

De lo contrario, de mantenerse un régimen legal que contiene una causal de exoneración para quienes son obligados a responder, aquella no debe convertirse en una mera utopía.

Por todo lo desarrollado hasta aquí, a fin que la práctica deportiva no siga mermando en la instrucción escolar y, a su vez, para que los menores que puedan resultar lesionados durante su desarrollo no queden sin la debida atención, efectuamos las siguientes propuestas:

**1)** En el corto plazo, que de mantenerse el régimen actual, se interprete la causal de exoneración prevista por el artículo 1.117 del Código Civil (art. 1.767 del “Proyecto”) tal como allí fue dispuesta (caso fortuito, y no fuerza mayor), enmarcada dentro de una obligación de medios (todos aquellos razonablemente exigibles) y que se complemente con la posibilidad de ejercer una acción directa contra la compañía de seguros a fin de obtener en forma

rápida -inmediata si fuera necesario en el caso concreto-, las sumas necesarias para su tratamiento;

2) En el mediano plazo, la implementación de un régimen de fondo solidario o de seguro social al que se pueda acudir frente al accidente deportivo a fin que se cubran rápidamente –inmediatamente si fuese preciso- las prestaciones médicas que demande la lesión (atención médica, tratamiento, medicamentos, etc.) o, para el caso de existir un daño que incapacite de forma permanente, se conceda un subsidio; remitiendo a las normas de responsabilidad aquiliana si el damnificado considerase que el perjuicio derivó de culpa o dolo del responsable del centro o las personas a su cargo a fin de intentar una reparación integral.

Estamos convencidos que continuar en el camino que propone reparaciones integrales (o más) por todo daño derivado de cualquier tipo de actividad resulta injusto, ineficaz, contraproducente y antieconómico. Deben, necesariamente, efectuarse distinciones atendiendo a la naturaleza, características y objetivos de las diversas actividades que pueden implicar un riesgo para sus participantes. En rigor de verdad, la vida misma en cada uno de sus aspectos lleva ínsito algún riesgo. Pero no por ello debemos siempre buscar alguien que responda por cada cosa que pueda salir mal.

Nos preocupa también la extensión de la responsabilidad agravada a todo tipo de actividades que importen la formación de menores, pues no son pocas las veces que estas se desarrollan con una relación inversamente proporcional entre los recursos y el cariño y dedicación que quienes las proponen o las llevan a cabo invierten.

Esperamos que estas líneas resulten un aporte útil para generar una interpretación y aplicación más adecuada, razonada y justa del artículo 1.117 del Código Civil, o su similar en un futuro Código Unificado, en los casos de responsabilidad civil derivada de accidentes deportivos en ocasión de la enseñanza escolar.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **1) Referencias bibliográficas.**

Agoglia, M. M., Boragina, J. C. y Meza, J. A. (1993). Responsabilidad por incumplimiento contractual, Buenos Aires: Hammurabi.

Albornoz, O. O. (2000). La práctica de la educación física y sus riesgos, Recuperado de <http://www.ugr.unsl.edu.ar/documentos.htm>. Última visita 23/07/2013.

Alterini, A. A. (1999). Contratos. Civiles-Comerciales-De Consumo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Alterini, A. A. y López Cabana, R. (1995). Temas de Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la UBA y Ediciones Ciudad Argentina.

Alterini, A. A. (1995). Incidencia del mero hecho en la ruptura de la relación causal. En La Responsabilidad (obra colectiva en homenaje al profesor Isidoro H. Goldenberg), Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Recuperado de <http://www.abeledoperrotonline2.com>. Cita online: N°: 1009/003755.

Alterini, A. A. (2012). Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil, 30/07/2012, pp.1-7.

Álvarez, A. (s.f.). La Responsabilidad del Estado (Ponencia ante la Comisión Bicameral para la Reforma). Recuperado de <http://ccygn.congreso.gob.ar/ponencias/cordoba/>. Última visita 23/07/2013.

Amarante, A. (2012, septiembre 03). Proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación: su incidencia en el derecho del trabajo. Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJD5950.

Andrada, A. D. (2007). Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos y de los docentes. En Doctrinas Esenciales- Responsabilidad Civil (Tº4, pp.151-165). Buenos Aires: La Ley.

Arias Cáu, E. J., Chaín Molina, S. M. y Nieto, M. L. (2010, diciembre 12). Análisis de la responsabilidad objetiva de los propietarios de establecimientos educativos (con relación al daño y la exoneración). Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJD5074.

Arias Cáu, E. J. (2011, marzo 29). La responsabilidad civil de los establecimientos educativos y las controversias en torno al daño. Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJD5279.

ATE (Asociación de Trabajadores del Estado) (s.f.). Comentarios sobre la reforma del Código Civil y su incidencia sobre el empleo público. (Documento para ser presentado ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación). Recuperado de <http://ccycn.congreso.gob.ar/ponencias/buenosaires/>. Última visita 23/07/2013.

Atienza Navarro, M. L. (1999). Responsabilidad por hechos dañosos de los alumnos. Proceso de configuración de los criterios vigentes, Anales de Derecho, 17. España: Universidad de Murcia. Recuperado de <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/8500/1/Responsabilidad%20por%20hechos%20danosos%20de%20los%20alumnos%20Proceso%20de%20configuracion%20de%20los%20criterios%20vigentes.pdf>. Última visita 23/07/2013.

Axmann, M. T., Tosello, E. y Macchiotti, L. (2010, marzo 9). Una nueva oportunidad: Construir resiliencia a través del deporte, Suplemento Derecho Deportivo. Recuperado de <http://www.elDial.com>. Cita online: DC12C2.

Barbieri, P. C. (2013, febrero 06). Accidentes deportivos: ¿responsabilidad civil por error arbitral?, LL, 6-7.

Belluscio, A. C. (1996). Manual de Derecho de Familia (6ª ed. Tª II). Buenos Aires: Depalma.

Borda, G. A. (1971). Tratado de Derecho Civil-Obligaciones (TºII). Buenos Aires: Perrot.

Borda, G. A. (2008). Tratado de Derecho Civil-Obligaciones (Tº II), Buenos Aires: La Ley.

Borda, G. A. (2008). Tratado de Derecho Civil-Familia (10ª ed. Tº II), Buenos Aires: La Ley.

- Burgos, O. R. (2010). La evolución del deber de responder: desde la responsabilidad civil hacia el daño. Sus proyecciones en el Derecho de Seguros. Recuperado de <http://www.elDial.com>. Cita online: DC16F7.
- Bustamante Alsina, J. (1984). Responsabilidad civil de los establecimientos de enseñanza, *La Ley*, 1984(B), 70-74.
- Bustamante Alsina, J. (1993). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Bustos, M. J. (2013, febrero 07). Situación legislativa de la violencia escolar, *Revista Jurídica La Ley-Suplemento Actualidad*, 1-3.
- Caballero Lozano, J. M. (1991, (75-11)). Daños causados por los alumnos y responsabilidad civil, *Revista de Derecho Privado*. Madrid: Reus, 907-926.
- Cassagne, J. C. (2012, octubre 01). Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial Projectado, *LL*, 1-3.
- Cazeaux, P. N. y Trigo Represas, F. A. (1996). *Derecho de las obligaciones (Tº III)*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Charlin, J. A., (2005, septiembre). Lesión deportiva en la práctica del rugby. Responsabilidad de entrenador, árbitro, club, y asociaciones deportivas. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Última visita 23/07/2013.
- Córdoba, M. M. (2005, agosto 13). Responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos, *Revista Jurídica La Ley*, 5-6.
- De Ángel Yagüez, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Civitas.
- De Luzuriaga, L. C. (1962, junio). Deporte y desarrollo infantil, *Revista de Derecho Deportivo*, 317-321.

- Devoto, P. A. (2009, marzo 16). El contrato de trabajo y el derecho deportivo, *Revista Jurídica La Ley*, 7-8.
- Díaz Alabart, S. (1991, enero-agosto). Notas a la responsabilidad de los profesores en la nueva ley de 7 de enero de 1991, *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, 11-12.
- Díaz Cortés, L. M. (2007). “Apuntes sobre el acoso escolar y la agresión a los profesores” (pp.71-99), en *Derecho Penal y la Nueva Sociedad*, Granada, España: Comares.
- Diez-Picaso, L. y Gullón, A. (1992). *Sistema de Derecho Civil* (6ª ed., 2ª reimp. Vol. II). Madrid: Tecnos.
- Dillon, T. M. (2005, abril 19). La aceptación del riesgo: ¿una eximente de responsabilidad?, *JA*, 2005(I-3), 3-23.
- Echave, D. T., Urquijo, M. E., Guibourg, R. A. (1999). *Lógica proposición y norma* (5ª reimp.). Buenos Aires: Astrea.
- Falcón, E. M. (1998). *Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias* (Tº I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Fernández Puentes, M. E. y Vega, A. P. La reparación de los daños deportivos. Recuperado de <http://www.abeledoperrotonline2.com>. Cita online: 0003/015170.
- Figari, R. E. (2013, abril 08). El encargado de la educación y el abuso sexual, *Revista Jurídica La Ley*, 5-6.
- Frega Navia, R. (2013, febrero 06). La responsabilidad civil por los daños ocasionados en la práctica del deporte, *Revista Jurídica La Ley*, 6-9.
- Frutos, G. L. (2011, abril). El deporte y los menores, *Revista Foro de Práctica Profesional* (Santa Fe), IV(11), 22-27. Santa Fe.

- Gagliardo, M. (2012, septiembre). Responsabilidad en materia deportiva, LLBA, 19(08), 835-838.
- Gagliardo, M. (2012, agosto 03). Responsabilidad por accidentes deportivos, Revista Jurídica La Ley, 7.
- Gagliardo, M. (2013, enero 04). Ética de la responsabilidad, Revista Jurídica La Ley, 1-3.
- Gasparotti, V. I. (2010). La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina conforme el artículo 1117 del Código Civil, Responsabilidad Civil y Seguros, 2010(IV), 224.
- Geddes, D. (2010, junio 21). Los adolescentes argentinos, con hábitos poco saludables, Diario Clarín, Suplemento Sociedad-Salud-adolescentes. Recuperado de <http://www.clarin.com>. Última visita 23/07/2013.
- Gherzi, C. A. (2012, diciembre 13). La responsabilidad en el deporte. Los menores y un mensaje hacia el Proyecto de Reforma del Código Unificado, Revista Jurídica La Ley, 3.
- Gherzi, C. A. (2012, diciembre 28). Responsabilidad del estado y de los funcionarios públicos en el Proyecto de Código, Revista Jurídica La Ley, 1-5.
- Gianfelici, M C. (1995). Caso fortuito y caso de fuerza mayor. En el sistema de responsabilidad civil. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Gianfelici, M C. (1999). Caso fortuito, .caso de fuerza mayor y la responsabilidad civil de los propietarios de los establecimientos educativos. La Ley, 1999(D), 589-596.
- Giménez, J. O. (2004, marzo 3). Responsabilidad civil de los establecimientos educativos, Doctrina Judicial, 467-473.

Goldemberg, I. H. (2000). La relación de causalidad en la responsabilidad civil (2ª ed.). Buenos Aires: La Ley.

Gómez Calle, E., (enero 2010). Comunicación Personal.

Gómez, L. y Falcinelli, F. (s.f.). La organización y la Administración Escolar, Recuperado de [www.dedocentes.com.ar/menu/TrabajoFinaldelCurso.doc](http://www.dedocentes.com.ar/menu/TrabajoFinaldelCurso.doc).  
Última visita 23/07/2013.

González Zavala, R. (2012, julio 18). ¿La responsabilidad del Estado estará afuera del nuevo Código Civil?, Revista Jurídica de Daños. Recuperado de <http://www.ijeditores.com.ar>. Cita online: IJ-LXV-243.

Gregorini Clusellas, E. (1989). La obligación de seguridad impuesta a quienes se encomiendan menores, La Ley, 1989(B), 489-504.

Grosman, C. (1980). El castigo corporal y el derecho de corrección de los padres, El Derecho, 88, 887-902.

Hernández, C. A. (2005). Régimen jurídico de los servicios educativos privados. Consideraciones desde la perspectiva del derecho contractual, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2005-1, Contratos de servicios-I-pp.291-320, Santa Fe: Rubinzal –Culzoni.

Hersalis, M., Magri, E. O. y Talco, G. A. (2005, septiembre). Establecimiento educativo: daño acaecido en la puerta del colegio, Revista Jurídica La Ley, Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Última visita 23/07/2013.

Hersalis, Marcelo y Jalil, Julián (2006, diciembre 06). ¿Responsabilidad o irresponsabilidad de los Establecimientos Educativos?, Doctrina Judicial, 1.001-1.010.

- Kemelmajer de Carlucci, A. (1994) en Belluscio, A. C. (Dir.) – Zannoni, E. A. (Coord.). Código Civil y leyes complementarias (Tº 5). Buenos Aires: Astrea.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (1998). La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997, *La Ley*, 1998(B), 1.047-1.071.
- Lambert-Faivre, I. (1987 enero-marzo). La evolution de la responsabilité civile. De un dette de responsabilité a une crance d'indemnisation, en *Revue Trimestrelle de Droit Civil* (86º anné), París.
- Laplacette, C. J. (2012, septiembre 17). Derecho constitucional a la reparación de daños, *Revista Jurídica La Ley*, 1-4.
- Le Tourneau, P. (2004). *La Responsabilidad civil*. Tamayo Jaramillo, J. (Trad.). Bogotá: Legis.
- Llambías, J. J. (1973). Responsabilidad civil proveniente de accidentes deportivos”, *El Derecho*, 47, 947-954.
- Llambías, J. J. (1975). Responsabilidad de los directores de colegio, *La Ley*, 1975(B), 1.147-1.157.
- Llambías, J. J. (1976). *Tratado de Derecho Civil-Obligaciones* (Tº IV-A), Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Loizaga, E. (2005) en Bueres, A. J. (Dir.) – Highton de Nolasco, E. I. (Coord.). Código Civil y normas complementarias (Tº 3B, pp.35-135). Buenos Aires: Hammurabi.
- López Cabana, R. (1996). *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil* (Tº I A-B). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- López Herrera, E. (2006). Responsabilidad por daños causados en el deporte, en Teoría General de la Responsabilidad Civil. Recuperado de <http://www.abeledoperrotonline2.com>. Cita online: Lexis n° 7004/007753.
- López Mesa, M. J. (2001). Curso de derecho de las obligaciones (Tº III), Buenos Aires: Depalma.
- López Mesa, Marcelo J. (2002, enero-julio). Deporte y responsabilidad civil (Responsabilidad civil derivada de un deporte), Ley, Razón y Justicia, 4(6), 11-44. Neuquén: Alveroni
- López Mesa, M. J. (2005), en Trigo Represas, F. A. y López Mesa, M. J.. Tratado de la responsabilidad civil (TºIII). Buenos Aires: La Ley.
- López Mesa, M. J. (2008). La ideología de la reparación y la concesión de resarcimientos porque sí, La Ley, 2008(B), 270-272.
- López Mesa, M. J. (2008). Código Civil y leyes complementarias (Tº II). Buenos Aires: LexisNexis.
- López Mesa, M. J. (2009). La culpa, la ideología de la reparación y la responsabilidad civil. Recuperado de <http://www.microjuris.com>. Cita online: MJD4444.
- López Mesa, M. J. (2009). La responsabilidad de los propietarios y directivos de establecimientos educativos, sus luces y sus sombras. Recuperado de <http://www.elDial.com>. Cita: DC124F.
- López, E. (2005). Responsabilidad de establecimientos educativos: La inconsciente necesidad de subjetivizar la responsabilidad objetiva. La Ley, 2005(B), 473-479.
- Lorenzetti, R. L. (2012, abril 23). Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Revista Jurídica La Ley, 1-5.

- Lucesole, M. J. (2011, enero 28). Un policía por escuela en el inicio de clases, *La Nación*, p. 1.
- Marcó, J. L. (2004, noviembre 18). Daños en la actividad deportiva. La práctica del esquí y disciplinas afines, *Revista Jurídica La Ley*, 1-4.
- Márquez, J. F. (2006, marzo 30). Daños sufridos o causados por alumnos de establecimientos educativos. La cuestión de las eximentes de responsabilidad. Recuperado de <http://www.microjuris.com>. Cita online: MJD2868.
- Márquez, J. F. y Calderón, M. R. (2010, septiembre 09). Lesiones en el fútbol, *Revista Jurídica La Ley*, 6-8.
- Martínez, I. y Castillo, E. (2002). *El complejo relacional educativo como contrato a favor de tercero*. Madrid: Complutense. Recuperado de <http://pendientedemigracion.ucm.es/BUCM/tesis/der/ucm-t26174.pdf>. Última visita 23/07/2013.
- Martyniuk Barán, S. (2009). Responsabilidad civil de los directores de colegios. En Rojas Balbuena, D. (Dir.), *Jurisprudencia del Sur. Revista de Doctrina y Jurisprudencia de de la Circunscripción de Itapúa*, Encarnación, Paraguay, 9, 33-43. Recuperado de [http://www.pj.gov.py/tercera/revista\\_js/rev2009.pdf](http://www.pj.gov.py/tercera/revista_js/rev2009.pdf). Última visita 23/07/2013.
- Masciotra, M. (2008, septiembre). "El hábeas data cancelatorio de datos sensibles". Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Última visita 23/07/2013.
- Mathov, E. (1996). Responsabilidad civil de los establecimientos educativos (Reforma al artículo 1.117 del Código Civil), *La Ley*, 1996(A), 1.283-1.328.
- Mayo, J. (1984). Sobre las denominadas obligaciones de seguridad, *La Ley*, 1984(B), 949-962.

- Mayo, J. A. y Prevot, J. M. (2010, septiembre 15). La relación de causalidad como requisito autónomo y esencial de la responsabilidad civil, *Revista Jurídica La Ley*, 1-5.
- Mazeaud, H. y L. y Mazeaud, J. (1960). *Lecciones de Derecho Civil (Parte segunda. Vol. II)*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas-Europa-América.
- Mazzinghi, J. (h), (1997). Los daños en el ejercicio del deporte, *El Derecho*, 174, 209-217.
- Méndez Costa, M. J. y Murga, M. E. (2006, febrero 01). Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Encuadre internacional latinoamericano y provincial argentino, *Revista Jurídica La Ley*, 1-6.
- Mizrahi, M. L. (2013, marzo 18). La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del proyecto de Código, *Revista Jurídica La Ley*, 1-5.
- Moreno Martínez, J. A. (2008). *La responsabilidad civil y su problemática actual* (2008). Madrid: Dykinson.
- Mosset Iturraspe, J. – Piedecabras, M. A. (2007). *Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Mosset Iturraspe, J. (2008, julio 11). ¿La lesión sufrida por un jugador no profesional constituye un daño deportivo indemnizable, *Revista Jurídica La Ley*, 5.
- Müller, E. C. (2006). La aceptación o asunción del riesgo o peligro como eximente?, *Revista de Derecho de Daños*, 2006(2)- Eximentes de Responsabilidad (II), 129-143, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Musse, V. (24/07/2011). La alimentación escolar, bajo la lupa, *La Nación*, Suplemento Cultura. Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1392004-la-alimentacion-escolar-bajo-la-lupa>. Última visita 23/07/2013.

- Novelli, M. H. y Tabares, J. C. (2012, marzo 23). El principio precautorio, Revista Jurídica La Ley, 1-5.
- Novellino, N. J. (1998). Responsabilidad por daños de establecimientos educativos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- O'Callaghan, X., (2004). Compendio de Derecho Civil. (Obligaciones y Contratos) (Tº 2, Vol. 2), España: Edersa. Recuperado de <http://ar.microjuris.com/Vlex?collection=vLex-DocBas&vlexURL=&next=http://www.microjuris.com/mjes/doctrina/content.cfm?c=vLex-DocToda>. Última visita 23/07/2013.
- Orgaz, A. (1974). La Ilícitud (extracontractual). Córdoba-Buenos Aires: Lerner.
- Palacio, L. E. (2005). Derecho Procesal Civil. Actos Procesales. (TºIV). Buenos Aires: LexisNexis-Abeledo-Perrot.
- Pagés Lloveras, R. (2010). El seguro obligatorio en Argentina, Suplemento de Seguros y Reaseguros. Recuperado de <http://www.elDial.com>. Cita online: DC13AC.
- Peker, L. (2008, junio 08). Comer menos o correr más, ésa es la cuestión, Diario Crítica de la Argentina. Recuperado de <http://www.criticadigital.com>. Última visita 23/07/2013.
- Pérez, B. (1980). El contrato deportivo y sus derivaciones laborales, Revista Jurídica La Ley, 1980(B), 869-881.
- Perrino, P. E. (2012, diciembre 12). La responsabilidad contractual del Estado, Revista Jurídica La Ley, 1-7.
- Piantelli, L. (14 junio 2010). Comunicación Personal.

- Piñeiro Salguero, José (2006, julio). Ávila v. Curtis Community Collage District: ¿Hasta donde llega la Asunción del riesgo en el deporte?, InDret N° 353, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 12-17
- Piñeiro Salguero, José (2005, julio). Accidentes deportivos: lesiones consentidas, InDret N° 297, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 34-46.
- Pizarro, R. D. (1991). Causalidad adecuada y factores extraños. En Trigo Represas, F. A. y Stiglitz, R. S. (Dirs.), Derecho de Daños. Buenos Aires: La Rocca.
- Pizarro, R. D. (2006). Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa (T°III). Buenos Aires: La Ley.
- Pizarro, R. D. (2007). Responsabilidad del propietario de establecimientos educativos, en Kemelmajer de Carlucci, A. (Dir.), Responsabilidad civil. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Plovanich de Hermida, M. C. (1997-1998). Responsabilidad civil de los establecimientos educativos, Anuario, 4. Córdoba: CIJS. Recuperado de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/argentina/cijs/SEC4001A.HTML>.  
Última visita 23/07/2013.
- Poder Ejecutivo Nacional (Argentina) (2012). Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires: La Ley.
- Prevot, J. M. (2008, abril 23). Responsabilidad de los establecimientos educativos. Alumno embestido por un automóvil al salir del recinto escolar, Revista Jurídica La Ley, 5-6.
- Prevot, J. M. (2010). Daños ocasionados en la práctica de rugby. Revista de Derecho de Daños, 2010(2)- Daño deportivo, pp. 91-104, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Prevot, J. M. y Otaran, F. M. (2013, febrero 06). Responsabilidad del árbitro de rugby por no prever lo imprevisible, Revista Jurídica La Ley, 6-10.

Reyna, C. A. (2005), en Bueres, A. J. (Dir.) – Highton de Nolasco, E. I. (Coord.). Código Civil y normas complementarias (T°3B, pp. 17-34). Buenos Aires: Hammurabi.

Rezzónico, L. M., (1961). Estudio de las Obligaciones (T°II), Buenos Aires: Depalma.

Rinessi, A. J. (2007). El deber de seguridad. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Rivera, J. C. (1977). Responsabilidad civil y economía. En Responsabilidad Civil. Córdoba: Advocatus.

Rivera (h.), J. C. (2000). Ideas directrices del sistema de responsabilidad civil en el Proyecto de Código de 1998. En Anales de la Academia Nacional de Derecho, 2005(44). Buenos Aires: La Ley.

Romero, G. S. (2011). Cámara Gesell. Testimonio de niños en el proceso penal. Córdoba: Alveroni.

Rubín, C. (2012, noviembre 01). Responsabilidad del Estado en el proyecto de Código Civil. Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJD6031.

Rugna, A. (2010, diciembre). Responsabilidad civil del establecimiento educativo, LLGCuyo, 15(11), 1.143-1.157.

Sagarna, F. A. (1994). Responsabilidad civil de los docentes y de los institutos de enseñanza. Buenos Aires: Depalma.

Sagarna, F. A. (1997). Ley 24.830: Nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos, Jurisprudencia Argentina, 1997(III), 936-941.

Sagarna, F. A. (1998). Responsabilidad civil del propietario de un colegio: daños causados por una garlopa. Vigencia de la ley 24.830. Hacia una legislación de

seguridad escolar, La Ley, Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.  
Última visita 23/07/2013.

Sagarna, F. A. (1999(1)). Responsabilidad del propietario de una escuela y del docente de educación física - Daños causados por una soga elástica con extremo de metal, La Ley, 1999(F), 97-104.

Sagarna, F. A. (1999(2)). Responsabilidad civil del establecimiento escolar. Lecciones fuera del colegio, La Ley, 1999(B), 141-146.

Sagarna, F. A. (2003). Comentario al art. 1.117, en Cifuentes, S. (Dir.) y Sagarna, F. A. (Coord.). Código Civil comentado y anotado (Tº I). Buenos Aires: La Ley.

Sagarna, F. A. (2002(1)). Responsabilidad civil del establecimiento educativo privado. Daños causados en la clase de educación física, La Ley, Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Última visita 23/07/2013.

Sagarna, F. A. (2002(2)). Responsabilidad civil de las guarderías de menores, LLBA, 25-6.

Sagarna, F. A. (2010, agosto 23). Responsabilidad civil del establecimiento educativo para alumnos con capacidades distintas. La eximente del "caso fortuito", LL, 8-10.

Salas, A. (1971). Código Civil Anotado (Tº 1). Buenos Aires: Depalma.

Salinas, C. E. (1969). La responsabilidad civil de los institutos de enseñanza, La Ley, 136, 1.353-1.364.

Sambrizzi, E. A. (1998). La responsabilidad de los propietarios de Establecimientos Educativos en el nuevo artículo 1.117 del Código Civil, El Derecho, 176, 853-862.

- Sambrizzi, E. A. (2005, febrero 11). Naturaleza jurídica de la responsabilidad en el supuesto contemplado por el artículo 1.117 del Código Civil, Revista Jurídica La Ley, 9-10.
- Santos Briz, J., (1984). Comentario a los artículos 1902-4. En Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S.. Comentarios al Código Civil (Tº XXIV), España: Edersa. Recuperado de <http://ar.microjuris.com/Vlex?collection=vLex-DocBas&vlexURL=&next=http://www.microjuris.com/mjes/doctrina/content.cfm?c=vLex-DocToda>. Última visita 23/07/2013.
- Saux, E. I. (2010, febrero 24). Mayoría de edad a los 18 años, Revista Jurídica La Ley, 1-5.
- Schwarzberg, C. (2010, febrero 22). Naturaleza jurídica de la citación en garantía. Efectos, ED, 4.
- Sirkin, E. (2009). Apuntes sobre la mayoría de edad a los 18 años según reforma a regir desde el 31-12-09. Recuperado de <http://www.elDial.com>. Cita online: DC12A0.
- Tonelli, P. G. y Oyhanarte, M. (h.) (2013, marzo 15). Cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto de Código, Revista Jurídica La Ley, 1-4.
- Vázquez Ferreyra, R. A. (1987). Las obligaciones de seguridad, Jurisprudencia Argentina, 1987(IV), 951-954.
- Vázquez Ferreyra, R. A. (1993). Responsabilidad por daños (Elementos). Buenos Aires: Depalma.
- Vázquez Ferreyra, R. A. (1996). El hecho del tercero o de la víctima como eximente en la responsabilidad objetiva, La Ley, 1996(C), 148-150.

Veloz Rúa, M. S. (2006). La franquicia en el seguro de responsabilidad civil en el transporte público de pasajeros. Oponibilidad al tercero damnificado, Seguros al día. Recuperado de [http://www.segurosaldia.com/aida2006/VELOZ\\_RUA\\_MARIANA.pdf](http://www.segurosaldia.com/aida2006/VELOZ_RUA_MARIANA.pdf). Última visita 23/07/2013.

Verdera Server, Rafael (2003, enero). Una aproximación a los riesgos del deporte, InDret Nº 116, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2-24.

Villagrán, S. y Barton, D. (2010). Pautas para tener en cuenta cuando se entrena una división de rugby infantil. Trabajo realizado como guía orientadora para los entrenadores, colaboradores y managers de las categorías Infantiles del Club Los Cedros, inédito.

Villagrán, S. (2013, enero 16 y 17). La responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos en el Proyecto de Código, Revista Jurídica La Ley, 1-2 y 1-3, respectivamente.

Zannoni, E. A. (1993). Derecho Civil-Derecho de Familia (2ª ed. Tº 2). Buenos Aires: Astrea.

Zavala de González, M. (1999(1)). Daños causados o sufridos por alumnos (art. 1.117 C.C.). Foro de Córdoba, X(51), 71-100.

Zavala de González, M. (1999(2)). Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de daños, (Tº 4). Buenos Aires: Hammurabi.

Zavala de González, M. (2011, octubre 03). Función preventiva de daños, Revista Jurídica La Ley, 1-7.

## **2) Fuentes de Información**

Accident Compensation Corporation (Nueva Zelanda). Recuperado de <http://www.acc.co.nz/making-a-claim/what-support-can-i-get/ECI0027>. Última visita 23/07/2013.

Accident Compensation Corporation (Nueva Zelanda). Recuperado de <http://www.acc.co.nz/making-a-claim/what-support-can-i-get/ECI0027>. Última visita 23/07/2013.

C.Civ.Com.Fam.Trab. de Río Tercero, 11/10/2001. "Baeza, Lisandro y otros c/ Establecimientos Saavedra Lamas S.R.L. s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Cita Online: AR/JUR/1442/2001.

Cámara de Diputados (Argentina), Dictamen de Comisión de la ley n° 24.830, Antecedentes Parlamentarios. Recuperado de <http://www.laleyonline.com>. Última visita 23/07/2013.

CCiv. Com. de San Isidro Sala I, 18/09/1997. "Rodríguez, Víctor c/ Dirección de Escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.elderecho.com.ar>, Cita online: EDJ9967.

CCiv.Com de San Nicolás Sala 1ª, 15/05/2003. "Rivero, Carlos A. y otros c/ Instituto Modelo Gral. San Martín y otros s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Cita online: AR/JUR/2033/2003

CCiv.Com. 6ª Nominación de Córdoba, 21/10/2002. "Tissera, Ricardo A. c/ Instituto Secundario José Hernández s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Cita online: AR/JUR/1029/2002.

CCiv.Com. 6ª Nominación de Córdoba, 25/06/2009. "D. C. c/ Provincia de Córdoba s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ45553.

CCiv.Com. de Azul, 14/05/2013. "A. H. A. y ot. c/ B. M. H. y ots. s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ79032.

CCiv.Com. de Bahía Blanca Sala 2ª, 06/11/2009. "V. y otros c/ P. D. B. A. y otros s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ53286.

CCiv.Com. de Córdoba Sala 3ª, 10/05/2012. "A., M. del V. y otro c/ Provincia de Córdoba s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.rubinzaonline.com.ar>. Cita online: RC J 6662/12.

CCiv.Com. de Córdoba Sala 8ª, 01/03/2001, "Zárate, Gustavo F. c/ Asociación Cordobesa de Fútbol y otros s/ ordinario". Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Cita online: AR/JUR/1083/2001.

CCiv.Com. de Jujuy Sala I, 09/08/2005. "Correa, Hugo M. y otra c/ Provincia de Jujuy s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Cita Online: AR/JUR/4034/2005.

CCiv.Com. de Junín, 01/03/2011. "Minguilla Bernardo c/ Club Social Cultura y Deporte de Chacabuco s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.ijeditores.com.ar>. Cita online: IJ-XLIII-299.

CCiv.Com. de Lomas de Zamora Sala I, 12/06/2008. "Amadeo, Norberto Jorge c/ Instituto Nuestra Señora del Carmen y otros". Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Cita online: AR/JUR/3847/2008.

CCiv.Com. de Lomas de Zamora Sala I, 29/04/2008, "Díaz, Manuel Sebastián c/ Dirección de Educación Media Técnica y Agraria s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Cita online: AR/JUR/2556/2008.

CCiv.Com. de Mar del Plata Sala 1ª, 01/07/2010. "Pizzo Roberto c/ Camoranesi Mauro s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ56542.

CCiv.Com. de Mar del Plata Sala 2ª, 31/03/2011. "N. F. C. c/ Escuela n° 1 Pascuala Mugaburu y otra s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ63729.

CCiv.Com. de Mercedes Sala I, 09/10/2008. "Sfoggia, María M. c/ Provincia de Mendoza y otros". Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Cita online: AR/JUR/10885/2008.

CCiv.Com. de Rosario Sala 1ª, 14/09/2010. "M. R. c/ Escuela 658 y otros s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ59449.

CCiv.Com. de San Martín Sala II, 17/08/2004. "Calderón, Liliana y otro c/ Instituto Educativo Casa del Sol SRL s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Cita online: AR/JUR/4212/2004.

CCiv.Com. y Garantías en lo Penal de Necochea, 30/03/2007. "G. E. y otra c/ Colegio Nuestra Señora del Rosario s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ10990.

CCiv.Com.Fed. Sala 2ª, 14/07/1978. "Gallipoli Illanes S. c/ Gobierno Nacional", El Derecho, 1980(85), 258-262.

CCiv.Com.Lab. y de Minería de Neuquén Sala III, 27/12/2012, "B. E. R. y otro c/ Consejo Provincial de Educación y otro s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ77096.

CCiv.Com.Minas de Paz y Tributaria de Mendoza Sala 3ª, 20/10/2009. "Castillo, Armando Héctor y ot. c/ Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza". Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Cita online: AR/JUR/53731/2009.

CCiv.Com.Minas, de Paz y Tributario de Mendoza Sala 1ª, 07/12/2011. "M. G. R. P.S.H.M. E. c/ Escuela Provincial n° 1-356". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ70167.

CCiv.Com.Minas, de Paz, Tributario y Familia de San Rafael, Mendoza, 08/11/2011. "Jaldin, Carla D. c/ Dirección General de Escuelas s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.rubinzalonline>. Cita online: RCJ1325/12.

CCiv.Com.MinasPaz y Trib. de Mendoza Sala 3ª, 04/05/2011. "R. A. y otra ambos P.S.H.M. A. A. c/ Dirección General de Escuelas s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ65460.

CCiv.Com.MinasPaz y Trib. de Mendoza Sala 4ª, 05/09/2011. "A. R. c/ D.G.E. s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ68177.

CCivCom. 1ª Nominación, Santiago del Estero, 18/04/2013. "R., V. H. y otra c/ Romero, Diego Enrique y otro s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.rubinzalonline>. Cita online: RC J 11768/13.

CCivCom. 1ª Nominación, Santiago del Estero, 18/04/2013. "R., V. H. y otra c/ Romero, Diego Enrique y otro s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.rubinzalonline>. Cita online: RC J 11768/13.

CCont.Adm. y Trib. de CABA, Sala II, 28/10/2008. "M. F. c/ G.C.B.A. s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.elDial.com>. Cita online: AA4C98.

CContAdm. de San Martín, 07/06/2011. "L. J. R. y otra c/ Escuela Nº 1 Cosme Beccar - Gdo. Pcia. de Buenos Aires s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ66676; Recuperado de <http://www.elDial.com>. Cita online: AA6E36.

Chaunu, E., ¿Qué notas son éstas? (2009). Caricatura ganadora del concurso celebrado en el Congreso de Educación y Vida Sostenible, Sao Paulo, Brasil. Recuperado de [http://edmovjoana.blogspot.com.ar/2013/01/la-autoridad-del-profesor\\_8.html](http://edmovjoana.blogspot.com.ar/2013/01/la-autoridad-del-profesor_8.html). Última visita 23/07/2013.

CNCiv. (en pleno), 20/12/2009. "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ ds. ps.", La Ley, 2009(C), 99.

CNCiv. (en pleno), 13/12/2006. "Obarrio, María P. c/ Microómnibus Norte S.A. y otro s/ ds. ps." y "Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ ds. y ps.", La Ley, 2007(A), 168-186.

CNCiv. Sala "A", 03/07/2009. "G. R. J. c/ Babar Bilingual School Dominique Seguin s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ53286.

CNCiv. Sala "A", 15/11/1990. "Mosca de Fink, Carlota E. y otros c/ Bet-Am Medinaah Israel y otro s/ ds. ps.", La Ley, 1991(E), 417-421.

CNCiv. Sala "B", 12/04/2010. "Carvajal, Nora Antonia c/ Aragón, Olga y otros s/ ds. ps.", Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Cita online: AR/JUR/23662/2010.

CNCiv. Sala "B", 09/10/1997. "Rosciano, Vicente y otros c/ Instituto San Pío X", La Ley, 1999(D), 589-596.

CNCiv. Sala "C", 04/08/2007. "Grasso, Eduardo Miguel c/ Colegio Galileo Galilei SAE y otro s/ ds. ps.", Jurisprudencia Argentina, 2007(IV), 80-84.

CNCiv. Sala "C", 06/09/1988. "Parrás, Norma c/ Arzobispado de Buenos Aires", La Ley, 1989(B), 488-505.

CNCiv. Sala "C", 07/04/2011. "R. G., L. E. c/ Scout de Argentina Asociación Civil". Recuperado de <http://www.abeledoperrotonline2.com>. Cita online: N°: 20110848.

CNCiv. Sala "C", 07/04/2011. "R. G., L. E. c/ Scout de Argentina Asociación Civil s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.rubinzaonline>. Cita online: RC J 9728/11.

CNCiv. Sala "C", 08/07/1999. "Márquez Eduardo Carlos y otros c/ San Juan El Precursor S.A.E. s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.abeledoperrotonline2.com>. Cita online: N°: 20001510.

CNCiv. Sala "C", 08/08/2006. "Caballero, Ivana M. c/ Aisemberg, Jacinta M. y otro", Jurisprudencia Argentina, 2006(IV-7), 80-83.

CNCiv. Sala "C", 19/12/2002. "V., R. P. c/ Colegio Esteban Echeverría S.A.E. s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.elDial.com>. Cita online: AA414D.

CNCiv. Sala "D", 03/04/2008. "Buratti, Esteban Ricardo c/ Asociación Católica Irlandesa Colegio Sta. Brígida y otro s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Cita online: AR/JUR/3508/2008.

CNCiv. Sala "D", 11/06/2007. "Rocchetta, Mónica Isabel y otros c/ Instituto Nuestra Señora del Carmen y otro s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Cita online: AR/JUR/13377/2007.

CNCiv. Sala "D", 18/03/1998. "Lanzillotta, Humberto José y otra e/ Escuela del Sol y otro s/ ds. ps.", Jurisprudencia Argentina, 11/08/1999, nº 6.154, 62-66.

CNCiv. Sala "D", 29/8/1983. "Israel, Carlos R. Y otra c/ Denaro, Graciela B. y otra", La Ley, 1984(B), 69-81.

CNCiv. Sala "E", 03/12/2009. "Darín, Lisandro Jonathan c/ Campagnale, Marcela y otros s/ ds. ps.", Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil, Doc. N° D516371.

CNCiv. Sala "E", 10/10/2006. "Ahrens, Cristina Elizabeth y otro c/ GCBA s/ ds. ps.", La Ley, 01/02/07, 4-6, Revista Jurídica El Derecho, 08/05/07, 5-6.

CNCiv. Sala "E", 15/07/2011. "B. E. E. c/ Valle de las Leñas S.A. s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ67952.

CNCiv. Sala "E", 20/05/2003. "Tissera, Eduardo y otros c/ Colegio San Andrés y otros", Revista Jurídica La Ley, 22/10/03, 7-9.

CNCiv. Sala "F", 23/12/2003. "G., P. R. y otro c/ Miniphone S.A. y otros s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ2439.

CNCiv. Sala "H", 07/09/1994. "Stoppani de Reevesm, Haydée c/ MCBA s/ ds. ps.", *El Derecho*, 1996(166), 71-75.

CNCiv. Sala "H", 08/07/2011. "D., J. y otros c/ G.C.B.A. y otros s/ interrupción de prescripción (art. 3.986 del Código Civil)". Recuperado de <http://www.elDial.com>. Cita online: AA6EEB

CNCiv. Sala "H", 09/05/2006. "Benchimol, Gabriela L. y otro c/ Colegio Esteban Echeverría SAE y otros s/ ds. ps.", Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Cita online: AR/JUR/4779/2006.

CNCiv. Sala "H", 14/12/1995. "Ramella, Claudia Inés c/ Club Atlético Obras Sanitarias de la Nación", inédito.

CNCiv. Sala "H", 18/12/2007. "Canelo, Julia del Carmen y otro c/ Vázquez, Gonzalo Gastón y otros s/ ds. ps." (Rec. N° 454.853), inédito.

CNCiv. Sala "H", 21/06/1996. "Lyons, Rita Diana c/ Asociación Civil Colegio San Marcos (St. Mark's School) y otro s/ ds. ps.", inédito.

CNCiv. Sala "H", 25/04/1995. "A., H. M. y otro c/ Quilmes SA Expreso y otros s/ ds. ps.", *La Ley*, 1997(A), 28-35.

CNCiv. Sala "H"; 20/12/2007. "Fiorenzano de Ruiz Díaz, Lucía y otro c/ Club Atlético Boca Juniors s/ ds. ps.", *Revista Jurídica La Ley*, 11/07/08, 4-6.

CNCiv. Sala "I", 15/07/2008. "Pucheta, Valentín Ángel y otro c/ Club Atlético River Plate s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.elDial.com>. Cita online: AA5D9A.

CNCiv. Sala "I", 23/12/2003. "Santero, Fernando F. c/ Lobato, Juan G. s/ ds. ps.", *Jurisprudencia Argentina*, 2004(II), 65-71.

CNCiv. Sala "J", 29/03/2012. "I., M. c/ Arzobispado de Buenos Aires s/ ds. s.". Recuperado de <http://www.rubinzalonline>. Cita online: RC J 2659/12.

CNCiv. Sala "K", 19/11/1999. "Quintana Rodas, Pedro y otros c. M.C.B.A. s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.elderecho.com.ar>. Cita online: EDJ11929.

CNCiv. Sala "K", 08/02/2011. "M. C. A. y otro c/ Arzobispado de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios". Recuperado de <http://www.elDial.com>. Cita online: AA6A20.

CNCiv. Sala "K", 08/02/2011. "M. C. A. y otro c/ Arzobispado de Buenos Aires y otros s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.elDial.com>. Cita online: AA6A20.

CNCiv. Sala "K", 24/06/2011. "R. N. J. y otro c/ Fundación Mercedes Mallo Washington School s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ67510.

CNCiv. Sala "L", 02/02/2012. "G., R. M. c/ Instituto Inmaculada Concepción de Nuestra Señora de Lourdes y otros s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.rubinzalonline>. Cita online: RCJ 1889/12.

CNCiv. Sala "L", 03/07/2009. "Stepañuk, Alicia Alejandra c/ Sociedad Escolar y Deportiva Alemana (Lanús Oeste) y otros s/ ds. ps.", Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil, Doc. N° L068563.

CNCiv. Sala "L", 13/12/1996. "Borlee, María Cecilia e/ M.C.B.A. s/ ds. ps.", La Ley, 1997(C), 765-767.

CNCiv. Sala "M", 07/11/2005. "P., G. S. c/ Orden de los Frailes Menores Capuchinos y otro s/ ds. ps.", Revista Jurídica El Derecho, 06/03/2007, 6-8.

CNCiv. Sala "M", 12/12/2012. "F., G. G. y otro c/ G.C.B.A. s/ ds. ps.", Jurisprudencia Argentina, 2013(II-10), 30-38.

CNCiv.Com.Fed. Sala I, 11/03/1997. "R., D. E. y otros c/ Escuela Nac. de Comercio de Chivilcoy y otro s/ ds. ps.", La Ley, 1999(B), 140-147.

Código Civil uruguayo. Recuperado de <http://www.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/2002/L4p1t1c2s2.htm>.

CSJ de Santa Fe, 03/05/2011. "Franco, Fabio Ramón c/ Ministerio de Educación y Cultura de la Provincia de Santa Fe y otro s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.rubinzalonline>. Cita online: RCJ7561/11.

CSJN, 20/10/2009. "Ortega, Diego Nicolás c/ Transporte Metropolitano General Roca S.A. s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Cita online: AR/JUR/36835/2009.

CSJN, 20/11/2012. "B. S. J. G. c/ Unión Cordobesa de Rugby y otro s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.rubinzalonline>. Cita online: RCJ9961/12.

CSJN, 20/12/2011. "N. R. I. y otro c/ Estado Nacional – Ministerio de Defensa s/ ds. ps.", Suplemento La Ley Administrativo, (2012, febrero 17), nº 1, 56-59.

Juzg. Civ. y Com. de La Plata nº 12, 22/02/2010. "Fernández, Ricardo Rubén c/ Tonetto, Hugo Ariel y otro s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ46829.

Juzg.Civ.Com. de 10a Nominación de Córdoba, 01/12/2004. "B. S. J. G. c/ Unión Cordobesa de Rugby y otro s/ ds. ps.", La Ley Córdoba, 2005 (septiembre), 892.

Juzg.Nac.Civ. nº 67, 21/09/1993. "A., H. M. y otro c/ Quilmes SA Expreso y otros s/ ds. ps.", La Ley, 1997(A), 23-28.

Ley nº 20.655 (08/04/1974), ADLA 1974-A-185.

Ley nº 3.218 (10/12/2009), Microjuris. Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>.  
Cita online: MJLEG23622.

Ley nº 24.830 (07/07/1997), ADLA, LVII-C, 2899.

Ley nº 16.744 (Chile). Recuperada de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28650>.  
Última visita 23/07/2013.

Ley nº 26.579 (22/12/2009), Boletín Oficial de la República Argentina, p. 1.

Ministerio de Educación (Nueva Zelanda). Recuperado de  
<http://www.minedu.govt.nz/Boards/LegalObligations/SafetyAndEducationOutsideTheClassroom.aspx>. Última visita 23/07/2013.

Ministerio de Educación de la Nación (Argentina) (2009). El Relevamiento Anual 2009 - Red Federal de Información Educativa. Recuperado de  
<http://portal.educacion.gov.ar/mapa/>. Última visita 23/07/2013.

Ministerio de Educación de la Nación (Argentina). Recuperado de  
<http://portal.educacion.gov.ar/sistema/la-estructura-del-sistema-educativo/los-niveles/>. Última visita 23/07/2013.

Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 22ª edición. Recuperado de  
<http://www.rae.es/rae.html>. Última visita 23/07/2013.

SCJ de Mendoza Sala I, 20/02/2003. "Mattus, Jorge César y ot. en representación de su hijo menor C. G. A. M. en Jº 109.698/5880 Mattus y ots. c/. D.G.E. de la Prov. de Mendoza p/d. y p. s/ s/inc. cas.". Recuperado de  
<http://www.elderecho.com.ar>. Cita online: EDJ6364.

SCJ de Mendoza Sala I, 28/12/2004. "Domínguez, Francisco Jorge por su hija Maira Danisa Domínguez en j 108.673 Domínguez, Jorge y otra por su hija menor Maira D. Domínguez c/ Dirección General de Escuelas y otro p/ ds. ps. s/ Casación",

<http://www.estudioton.com.ar/fallos/provinciales/suprema%20corte/sentencias/79553%20Dominguez%20por%20su%20hija%20REV%20134.htm>. Última visita 23/07/2013.

SCJBA, 03/04/2008. "I., P. J. y Otro c/ Dirección General de Escuelas y Cultura de la Pcia. de Buenos Aires s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.ijeditores.com.ar>. Cita online: IJ-XXVI-463.

SCJBA, 09/06/2010. "G. E. O. y otro c/ Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ56766.

SCJBA, 10/05/2006. "L., P. M. c/ Colegio San Patricio SA y otro s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia>. Última visita 23/07/2013.

SCJBA, 11/07/2012. "Pizzo, Roberto c/ Camoranesi, Mauro s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>. Cita online: AR/JUR/44249/2012.

SCJBA, 17/06/2009. "O., E. A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ45167.

SCJBA, 24/09/2008. "T., F. F. L. c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ39401.

SCJBA, 26/09/2007. "M. B. S. c/ Provincia de Buenos Aires s/ ds. ps.". Recuperado de <http://www.microjuris.com.ar>. Cita online: MJJ17674.

SCJBA. 02/03/2011. "D., M. S. c/ Dirección de Educación Media, Técnica y Agraria s/ ds. ps.", La Ley Buenos Aires, (2011, abril), 18(3), 303-305.

STC de España, 29/07/2000. Sentencia 181/2000. Recuperado de <http://www.boe.es/boe/dias/2000/07/28/pdfs/T00068-00096.pdf>. Última visita 23/07/2013.

STJ de Entre Ríos, 10/10/2011. "G.J.E.J. y otra c/ Instituto de Instrucción Primaria "Niño Jesús D-6" y otros s/ acción de amparo". Recuperado de <http://www.elDial.com>. Cita online: AA7094.

TCriminal nº 1 de Pergamino, 15/08/2012. "Enriquez, Susana Daniela s/ coacción doblemente agravada y lesiones en concurso ideal", La Ley Buenos Aires, 19(08), 919-923.

Unión Argentina de Rugby. Fondo Solidario, Recuperado de [www.uar.com.ar/eljuego/fondosolidario/reglamento](http://www.uar.com.ar/eljuego/fondosolidario/reglamento) Última visita 23/07/2013.

## **ANEXOS**

### **1) "Pautas para tener en cuenta cuando se entrena una división de Rugby infantil" Por Santiago Villagrán y Diego Barton (inédito)**

#### **En la semana**

1. Asegurarse de que los padres de todos los integrantes del equipo estén avisados de la actividad del sábado siguiente (sobre todo en las categorías más bajas. Recordemos que los chicos no pueden decidir por sí solos y muchas veces quedan sujetos a las actividades de los mayores. Tal vez el jugador nos diga que puede venir, pero después el padre no y lo estaremos esperando en vano).

2. Intentar tener la mayor cantidad de confirmaciones de asistencia o inasistencia para tener una idea aproximada de cuántos jugadores tendremos (De ese modo podremos planificar mejor la actividad).
3. Comunicarse especialmente con aquellos jugadores que hayan sufrido alguna lesión o alguna mala experiencia el día de la actividad para asegurarnos de que está bien o de que sólo fue un mal momento (De ese modo hacemos efectivo nuestro interés no sólo por el jugador sino también por la persona. Obviamente, invitaremos al jugador que no pueda jugar a venir de todos modos a alentar a su equipo y compartir el Tercer Tiempo).
4. Contactarse entre lo entrenadores, colaboradores y managers de la división (si hubiere) para saber quienes estarán presentes y coordinar la actividad (En estas divisiones siempre es importante lograr que al menos uno o dos padres estén presentes durante el desarrollo y que hayan ido en auto por si fuera necesario un traslado de emergencia)
5. Tener siempre a mano una carpeta con la ficha de cada jugador en donde consten sus datos personales y teléfonos (al menos dos) para avisar en caso de urgencias (por lo menos una carpeta por división cada sábado).

### **El día de la actividad**

#### **a) Reglas comunes para entrenamientos y partidos**

1. Llegar un rato antes de la hora de encuentro fijada para recibir a los jugadores a medida que van llegando (De ese modo podremos charlar un rato con cada uno y recibir inquietudes, comentarios, cuotas, etc. de a uno por vez. Además podremos ir tomando lista de asistencia y, en caso de jugar de visitante, ir anotando quien vuelve en el micro y quien lo hace con sus padres).
2. Juntar a todos los jugadores y dirigirnos al terreno de juego con todo lo indispensable (bidones con agua, pelotas infladas, conos).
3. Asegurarnos que en el terreno de juego no existan elementos que puedan poner en riesgo la salud de los chicos (piedras, ramas, vidrios, tapitas, etc.)
4. Ubicar el lugar donde está el médico (puede estar en la cancha, en la cancha vecina o incluso en un consultorio próximo. Pero SIEMPRE debemos saber dónde solicitarlo o a dónde llevar al jugador lesionado en caso de urgencia).
5. De la Indumentaria y Presentación Personal. Es muy Importante la manera en que nos presentamos al club, tanto en el tipo de vestimenta, adecuada a la actividad deportiva y en lo posible representativa del club,

como así también del aspecto físico personal y de los modos de expresión.

6. Del material deportivo y accesorios. Recordar llevar siempre reloj, silbato, las planillas de asistencia y datos. Cuidar el material deportivo del club, Checkear al momento de guardarlos el lugar y quien es el encargado.
7. **Siempre Protector Bucal!!!!!!**. Procurar que usen de forma adecuada el protector bucal, instruir sobre el moldeado e higiene del mismo. También debemos inculcar el uso de botellas de agua individuales. El uso de los bidones es antihigiénico y para los más chicos difícil de manipular.
8. De la indumentaria de los chicos. Deben tener el equipo correspondiente de Los Cedros (con Nombre identificador), mas el calzado adecuado, recordemos que en Rugby Infantil, está prohibido el uso de tapones de aluminio, respetémoslo y hagámoslo respetar.

#### **b) Para el día de partido**

1. Viaje en Micro, Los adultos somos los responsables de la conducta de los chicos, deben ir sentados, sin sacar nada por las ventanillas ni tampoco dirigirse de forma inadecuada a cualquier transeúnte. En el caso de que viajen categorías de diferente edad, procurar y vigilar el vocabulario y trato de los más grandes. A estos inculcarles que son ejemplo para los mas chicos, y además deben ayudarnos en el cuidado de los mismos.
2. Baño y Vestuarios. Luego del viaje al club Visitante preguntar ¿Quién quiere ir al baño?. Acompañarlos y NUNCA dejarlos ni mandarlos solos o con desconocidos. En el caso sobretodo de los más chicos, si tuvo un accidente que se hizo encima, NUNCA cambiarlo uno mismo NI tocarlo, tratar que lo haga el chico solo y en lo posible con la presencia de otro testigo.
3. Ubicar un lugar seguro donde dejar los bolsos (en lo posible cerca del campo de juego, de modo que se le pueda pedir a algún padre asistente que mientras mira el partido observe nuestras pertenencias).
4. Armar los equipos intentando asegurarnos de que no haya un equipo débil y uno fuerte (eso hay que convenirlo también con el entrenador del otro equipo).
5. Ante la pregunta “¿con qué reglas jugamos?”, responderemos “con el reglamento oficial de la URBA para la división” (esta es la mejor forma de asegurarnos que los jugadores comprendan el juego y se puedan divertir, pues son las reglas con las que se prepararon para el encuentro. Debemos ser firmes en ello).

6. Tener cuidado de que todos los chicos jueguen un mínimo de tiempos proporcionales que debe rondar al menos la mitad del tiempo total (no importa si son más o menos dúctiles. Todos los jugadores tienen el mismo derecho de participar).
7. Tener en cuenta que es útil rotar las posiciones de los jugadores para fomentar todo tipo de destrezas y un mayor entendimiento del juego en general (Desde luego atendiendo a las capacidades de cada jugador para que el cambio no se convierta en algo traumático. Ej: si viene jugando todo el año de pilar y no es hábil, ni rápido y todavía muestra cierto temor al contacto, no lo puedo poner en los backs. Pero estemos atentos también a los pedidos de los chicos respecto de puestos que quieran ocupar. Aunque más no sea un tiempo en el puesto que pidieron un sábado al mes. Recordemos que sus físicos y mentes van cambiando y no conviene “encasillarlos” a tan temprana edad. Antes de probar este tipo de cambios el jugador debe haber tenido al menos un entrenamiento previo en la nueva posición).
8. Durante el partido dejemos que jueguen los jugadores. Nos limitaremos a dar las indicaciones mínimas e indispensables y a dar una aprobación mesurada ante alguna buena acción o a dar aliento ante una adversidad (Los jugadores no son robots que podamos “manejar a control remoto” desde afuera para que hagan lo que nosotros queremos. Debemos dejarlos tomar las decisiones, acertar o equivocarse a ellos. La charla se realiza antes, en el entretiempo y al entrenamiento siguiente. Esto debemos cumplirlo y hacerlo cumplir).
9. El respeto hacia el contrario y el referee es condición indispensable para asistir a un encuentro de Rugby (Ello es para los jugadores, los entrenadores y todo el público asistente. Es nuestra obligación velar para que nuestros jugadores y sus padres así lo entiendan y lo hagan. Si un jugador no lo hiciera, deberemos retirarlo de la cancha hasta que se tranquilice. Si fuera un padre, deberemos llevarlo aparte y explicarle que perturba el juego de todos los chicos).
10. En Rugby infantil no jugamos “contra” el otro Club sino “con” el otro Club (La actividad se organiza y desarrolla en conjunto. De ser posible los entrenadores nos ubicaremos en el mismo lateral para alentar las buenas acciones de ambos equipos y de ese modo controlar los exabruptos. Así los jugadores podrán apreciar que el partido es una ocasión de juego entre amigos y no un especie de combate).
11. Ante un golpe fuerte, no dudemos en sacar al jugador de la cancha. Si hubiera lesión, el jugador no debe volver a ingresar aunque lo pida (Nuestra primera prioridad es la integridad de los jugadores. Si al final no fuera nada grave mejor. Ya vendrá el próximo sábado para su “desquite”. En este tema es **DETERMINANTE** la opinión del médico).
12. Una vez finalizado el encuentro debemos asegurarnos que nuestros jugadores saluden a sus adversarios y al referee (Es también

una buena práctica intentar lograr que sean los propios jugadores quienes inviten a los del equipo visitante a compartir el Tercer Tiempo indicándoles dónde se llevará a cabo).

13. Luego del saludo final debemos asegurarnos de que no han quedado elementos olvidados en la cancha (No sólo ropa, y mochilas, sino también conos, pelotas, etc.).

### c) Para el día de entrenamiento

1. Trabajar sobre la planificación realizada en la semana (La planificación es consecuencia del análisis de la actividad que se viene desarrollando cada sábado. No debe olvidarse que también existe una planificación general de acuerdo a los objetivos propios de la edad y del reglamento de la división ej: si entreno escuelita no me servirá planificar ejercicios de line, pero tal vez pueda ir verificando que los jugadores si tengan una adecuada técnica de salto que les será útil en un futuro).
2. Conducir el entrenamiento de modo que sea divertido, pero no por ello menos exigente u organizado (Es sabido que “se juega como se entrena”).
3. El entrenamiento debe formar no sólo buenos jugadores, sino también jugadores de Rugby (Se pueden aprovechar las pausas o los instantes previos o posteriores a la actividad para recordar la importancia de la conducta dentro y fuera de la cancha o del respeto hacia contrarios y referees, de la participación en el Tercer Tiempo. Incluso, del estudio en la semana que también es formar en la responsabilidad. La formación del jugador de Rugby debe ser integral).
4. Los tiempos de cada ejercicio deben ser adecuados a cada edad (Recordemos que cuanto más chico es el jugador, menor es el tiempo de concentración. Se sugiere trabajar en no más de tres aspectos del juego por entrenamiento y con una variedad de ejercicios, así evitaremos la monotonía).
5. La complejidad de los ejercicios debe ir en forma ascendente (de ese modo el jugador irá incorporando de a poco las mayores dificultades, a la vez que nos permitirá detectar el “techo” en el que nos encontramos).
6. Las pausas para explicaciones no deben ser muy largas pues de lo contrario perderemos la atención y se tornará aburrido (los jugadores infantiles incorporan mejor los gestos a través de demostraciones –para ello debemos conocer y saber ejecutar el gesto técnico- o del propio juego que de tediosos discursos).
7. **SIEMPRE** se debe terminar con un partido (No obsta a que sea un partido conducido por el entrenador con reglas preestablecidas para poner énfasis en algún aspecto del juego ej: no dejar patear para

fomentar la importancia de retroceder para ayudar y para estimular la toma de decisiones bajo presión).

### **El Tercer Tiempo**

1. Es muy importante que todos los participantes del juego participen también del tercer tiempo (Jugadores, entrenadores, managers y referees. Los padres asistentes, en principio, no; salvo que sean invitados por el Club organizador).
2. La conducta en el tercer tiempo debe ser adecuada (debemos recordar a los chicos el pedir por favor y agradecer cuando se les sirve, sin hacer comentarios despreciativos si no fuere lo que esperaban).
3. Para una mejor organización –de local como de visitante- debemos ingresar al tercer tiempo con todos los jugadores de la categoría (Asimismo, asegurarnos que todos hayan tenido su “paty y su bebida”).
4. Los entrenadores también deben compartir el tercer tiempo con sus pares. Si el tiempo es escaso porque hay que volver al Club, estaremos un poco menos y nos disculparemos por la pronta retirada (Recordemos que el anfitrión nos preparó la recepción, que también nos enriquecemos con el intercambio de experiencias y que además predicamos con el ejemplo).

### **La desconcentración**

1. Recién una vez finalizado el Tercer Tiempo, finaliza la actividad (Si por alguna razón un jugador es retirado antes del Tercer Tiempo, debemos estar avisados y manifestarles que debe ser una excepción, pues es una parte muy importante de la actividad).
2. Debemos asegurarnos que los chicos se retiran con sus padres, quedan en el Club o suben al micro –según sea el caso (No debemos asumir que están todos porque haya muchos. A tal fin, debe verificarse con la lista de asistencia del día. Recordemos a los jugadores que deben despedirse de nosotros al finalizar cada actividad y nosotros debemos ver con quien se van).
3. Recordemos a los jugadores y padres cual será la actividad para el sábado siguiente y manifestémosle que lo estaremos esperando (Eso no nos libera de avisar también en la semana para asegurarnos la asistencia. De un sábado a otro pueden cambiar las circunstancias).

### **La relación con los padres**

1. Al recibir a un jugador asegurémonos de entrevistar también a sus padres y tomar todos los datos. Entregarles la ficha del apto médico y hacerles notar la importancia de que la entreguen a la brevedad (en la primera entrevista preguntar si hay datos de interés que debamos saber

ej: lesiones preexistentes, problemas respiratorios, alergias a remedios, chicos en tratamientos psicológicos o con problemas familiares, etc.).

2. Asegurarnos de que toman conocimiento del valor de la cuota de la actividad y todo lo que ella incluye (no tengamos miedo o vergüenza de decirlo. La cuota es accesible y todo se usa para beneficio de los jugadores. Si algún padre manifestara la imposibilidad de abonarla en todo o en parte, el caso deberá ser derivado al Coordinador o al Capitán General para que lo evalúen).
3. Debemos escuchar siempre lo que tienen para decirnos. Desde luego eso no quiere decir que hagamos lo que ellos digan (Es importante que se sientan considerados pues nos dejan en confianza lo más importante que tienen: sus hijos. Además, muchas veces sus observaciones pueden ayudarnos a ver cosas que se nos están escapando).
4. Invitarlos a participar en la actividad e ir guiándolos sobre los Códigos del Rugby para el caso que no los conozcan (Invitarlos a que nos acompañen o se sumen a colaborar en algún aspecto. El Rugby es una actividad deportivo-recreativa y no una "guardería". Con el crecimiento del Rugby mucha gente se acercó al juego, pero muchos no conocen las reglas y códigos que lo rigen. Es nuestra tarea ir haciéndolos conocer).
5. Hacerles saber que el Club no es sólo el espacio físico o los dirigentes, sino todos los socios (los jugadores deben serlo) y que por ello el que las cosas salgan bien es tarea de **TODOS** (Criticar es siempre más fácil que proponer y decir es mucho más sencillo que hacer).

## **Conclusiones**

El objetivo de estas líneas fue tratar de compartir algunas experiencias recogidas a lo largo de los años como entrenador, referee y coordinador de la actividad de Rugby Infantil en el Club Los Cedros (Santiago) y como profesor de educación física, entrenador y head coach de Infantiles (Diego).

Desde luego cada entrenador sabrá con qué recursos cuenta para poder hacerlas efectivas. Pero entendemos que es bueno tenerlas presentes y de no encontrar el modo de poder implementarlas, no deberán dudar en recurrir al Head Coach, al Coordinador o al Capitán General para solicitar su ayuda.

Como expusimos en alguno de los puntos, el éxito de la actividad lo hacemos entre TODOS.

## **2) CNCiv. Sala "H", "Ramella, Claudia Inés c/ Club Atlético Obras Sanitarias de la Nación" s/daños y perjuicios".-expte. núm.160076. Juzg. núm. 110. (inérito)**

En Buenos Aires a 14 días del mes de diciembre de 1995, hallándose reunidos los señores jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia

en los autos caratulados: " Ramella, Claudia Inés c/ Club Atlético Obras Sanitarias de la Nación s/ daños y perjuicios" y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, la Dra. Elsa H. Gatzke Reinoso de Gauna dijo:

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 228/230 que rechazó la demanda e impuso las costas a la vencida, apela y expresa agravios la parte actora a fs. 240/251, cuyo traslado no ha sido evacuado por la contraria. En consecuencia, las actuaciones se encuentran en condiciones de dictar un pronunciamiento de carácter definitivo.-

II.- He de referirme en primer lugar a la relación de causalidad que afirma la actora existe entre la lesión que sufrió el día 22-08-91 y los motivos que determinaron la intervención quirúrgica y consecuencias ulteriores cuyo resarcimiento pretende.-

Sobre el punto expresó el Juez de la instancia anterior que "no encuentro justificado adecuadamente el nexo causal entre el accidente experimentado el 22/8/91 y una operación que recién se realiza a fines de ese año. Bien podría ser otra la causa que impusiera la necesidad de esa intervención quirúrgica, cuando bien se sabe la frecuencia de este tipo de dolencias en personas que de manera habitual practican esta clase de deportes y cuando como el caso en examen se trata de una jugadora que en breves períodos "pasó" por varias entidades deportivas, de modo que no alcanzo la certeza suficiente como para adjudicar las consecuencias al accidente sufrido por la actora en O.S.N.".-

En el escrito de contestación de demanda la accionada si bien reconoce que la actora fue jugadora de voleyball -categoría superior- del Club Obras Sanitarias de la Nación, como así también que aquella sufrió una lesión en el transcurso del partido jugado el 22-08-91 entre la institución nombrada y el Club San Fernando, niega que la lesión grave de rodilla derecha consistente en la rotura de su ligamento cruzado anterior reconozca como causa adecuada el hecho acontecido en la fecha mencionada. En efecto, dice que "conforme los períodos de licencia denunciados por la actora en la demanda en relación a la Escuela 14 y el Jardín de Infantes N° 17, resulta que la actora entre el 07-09-91 y 28-11-91 se desempeñó normalmente en sus tareas. El desarrollo normal de su actividad laboral autoriza a presumir que también desplegaba actividades normales en sus períodos de descanso semanal".-

De la prueba informativa agregada a fs. 151/152 se desprende que la actora fue atendida en el Dto. de Urgencia del Hosp. Juan A. Fernández, que el motivo de consulta fue "traumatismo de rodilla derecha practicando deporte, que la conclusión diagnóstica fue "esguince de rodilla" y que la conclusión terapéutica fue "... hielo, consultorios externos".-

Surge de la constancia de fs. 207 (Centro de Rehabilitación y Kinesiología) que la "señorita Claudia Inés Ramella ha sido atendida en este Centro de Rehabilitación y Kinesiología durante los meses de septiembre y octubre de 1991, aplicándosele la cantidad de diez sesiones por cuenta y orden de la Obra Social de Obras Sanitarias de la Nación, habiendo sido su diagnóstico distensión de ligamento cruzado de rodilla sin poder informar los motivos que causaron la lesión por ignorarse los mismos".-

A fs. 185 la Dirección del Jardín de Infantes Integral N° 17 D.E. 3° expone que "la referida docente (Claudia Inés Ramella) hizo uso de

licencia médica por artículo 70 "A" del Estatuto del Docente Municipal (enfermedad del agente) desde el 26/08/91 hasta el 06/09/91 y licencia médica por largo tratamiento artículo 70 "B" (enfermedad por largo tratamiento) desde el 29/11/91 hasta el 29/02/92. La docente Ramella, Claudia Inés hizo uso de su licencia anual correspondiente al año 1991 desde el 01/03/92 hasta el 10/04/92. La referida se integró a sus tareas habituales el día 13/04/92".-

Se desprende de las constancias obrantes a fs. 48/77 que la actora fue intervenida con fecha 29/11/91 como consecuencia de una ruptura de ligamento cruzado anterior de rodilla derecha. A su vez de la documental de fs. 2 y 6 -cuya autenticidad no fuera negada- emerge de la primera que "La paciente presenta ruptura ligamento cruzado anterior de su rodilla derecha por lo que debe someterse a cirugía reconstructiva del mismo. Fdo. Raúl O. Ferrari. Ortopedia y Traumatología (14/11/91)" y de la restante que: "Paciente con lesión grave de rodilla D. pres. lesión de ligamento cruzado anterior. Se opera el 29/11/91 y reposo por dos meses. Fdo. Arturo R. Makino (28/11/91)".-

Expresa la testigo Laura Raquel Cometto, compañera del equipo de Voley (v. fs. 194/vta.) que: "entre el accidente y la operación quirúrgica la actora no pudo desplegar su actividad deportiva ... no podía movilizarse como debería". Por su parte, Mariana Vieytes, también compañera de la actora, (v. fs. 202vta./203) refiere que "la tuvieron que operar a fin de año, que estuvo medio año mal sin poder jugar, dolorida. Que la actora trabajaba de maestra jardinera y que le molestaba para trabajar".-

De las pruebas reseñadas se extrae que en el partido disputado entre la institución que representaba la actora y el Club San Fernando con fecha 22-08-91, en horas de la noche, sufrió una lesión de rodilla en su pierna derecha, que fue atendida en la guardia del Hospital Fernandez donde se le diagnosticó "esguince de rodilla", que recibió asistencia en el Centro de Rehabilitación y Kinesiología entre los meses de septiembre y octubre de 1991 con diagnóstico de "distensión de ligamento" y que la intervención quirúrgica efectivizada el 29/11/91 fue indicada como consecuencia de la lesión de ligamento cruzado anterior de la rodilla derecha, constatada con fecha 14-11-91 por el Dr. Raúl O. Ferrari (v. fs. 2, sobre de documentación reservada).-

Tal evolución de la lesión induce, al que no se encuentra ligado a la medicina como profesión, a pensar que medió un agravamiento de ella ya que en un principio no revestía mayor importancia -ver conclusión terapéutica del Htal. Fernández- y que en consecuencia la causa que motivó la operación no ha de buscarse en la lesión que sufrió la actora en la justa deportiva ya aludida sino en un acontecimiento posterior que se desconoce. Es decir que a lo sumo la primitiva lesión hubo de operar como condición pero nunca como causa adecuada de la intervención quirúrgica y contingencias posteriores.-

Sin embargo, a partir del análisis de lo informado como consecuencia de la medida para mejor proveer y de la declaración de los testigos a que antes se aludiera encuentro elementos como para formar mi convicción respecto a la existencia de relación de causalidad adecuada entre la lesión que sufriera la actora y la intervención quirúrgica realizada en el Hospital Italiano. En efecto, expresan los Dres. Poggi y Divito (v. cuestionario de fs. 254) que.: "1. En el supuesto de haber sufrido una ruptura del ligamento cruzado y luego de doce días de reposo es posible que reanudara las tareas habituales"

(v. prueba informativa de fs. 185), "2. La ruptura puede ser sospechada de inmediato, pero el diagnóstico presuntivo en agudo también puede verse dificultado por el dolor ante los movimientos necesarios para el correcto examen", "3. "Distensión y ruptura" son términos que habitualmente se utilizan señalando distintos grados de una misma lesión, y que solo se confirma con la observación del ligamento comprometido. Por tanto no puede hablarse de erróneo diagnóstico inicial ni de agravamiento de la lesión" y "4. "La indicación del tratamiento quirúrgico de una ruptura de ligamento cruzado en una persona joven y deportista es correcta". -

En consecuencia, si se tiene que la actora sufre la lesión el día 22-08-91 y si bien el primer diagnóstico es esguince de rodilla, en un lapso muy breve de tiempo es modificado por distensión de ligamento (v. fs. 207 donde se señala que la actora es atendida entre septiembre y octubre) y finalmente es intervenida quirúrgicamente como consecuencia de la ruptura de ligamento cruzado anterior de la rodilla derecha. Ahora bien, los Sres. Médicos forenses expresan con toda precisión que: "Distensión" y "ruptura" son términos que habitualmente se utilizan señalando distintos grados de una misma lesión, y que ésta sólo se confirma con la observación del ligamento comprometido. Por lo tanto no puede hablarse de erróneo diagnóstico inicial ni de agravamiento de la lesión" sino que cabe concluir que pese al tiempo transcurrido entre la fecha de producción de la lesión y la intervención quirúrgica la entidad de aquélla no se alteró, no medió agravamiento, la lesión fue desde siempre la misma (v. además testimonios de Vieytes y Cometto) y que la operación reconoce como causa adecuada, pese al tiempo transcurrido, el accidente acaecido en la justa deportiva desarrollada el día 22-08-91, por lo que no resulta acertado hablar de la existencia de concausa, la que por otra parte no se demostró.-

III.- La actora funda la responsabilidad que le imputa al club demandado en la obligación de seguridad que pesaría sobre éste como consecuencia de la índole de la vinculación jurídica existente entre ambos.-

A fs. 217/218 la Federación Metropolitana de Voleibol informa que: "en el año 1990 mediante habilitación N° 355 pasa a Club Obras Sanitarias de la Nación, jugando en la categoría B 1. En el año 1991 juega para Club Obras Sanitarias en la categoría A 2....el voleibol es un deporte amateur...para participar en los equipos representativos de un Club todo jugador debe pertenecer a dicho Club y éste lo habilita para jugar en el año deportivo mediante el pedido de ticket...todo jugador cada año, antes del inicio del torneo oficial, puede solicitar un pase a otro club, respetando las normas establecidas en el reglamento interno de la federación... conforme lo establece el reglamento interno de la federación ningún jugador podrá jugar para más de un club dentro del año deportivo de que se trate... se adjunta fotocopias de los listados correspondientes a los años 1991 y 1992, en los que figura la jugadora aludida, que acredita su inscripción al club correspondiente...". A fs. 210 se encuentra fotocopia de la planilla del encuentro disputado entre el Club San Fernando y el Club Obras Sanitarias de la Nación correspondiente al campeonato oficial. La copia mencionada presenta una inscripción que dice: "Federacion Metropolitana de Voleibol".-

El estatuto de la Asociación Civil Club Obras Sanitarias de la Nación dispone en su art. 2º que sus propósitos son: "a) inculcar y difundir el amor a la Patria, el sentimiento de la nacionalidad y el respeto a las

instituciones, b) organizar competiciones y torneos y participar en todas aquellas actividades relacionadas con sus fines, que organicen las entidades a las que la institución se encuentra afiliada y con las que tenga afinidad de propósitos, sean éstas nacionales o extranjeras, a cuyo efecto podrán designarse las delegaciones y representaciones que sean convenientes, c) difundir la cultura en todos sus aspectos, impulsando la elevación moral e intelectual de sus socios, incluso mediante cursos culturales y educacionales y d) propiciar la camaradería y sociabilidad entre los socios y sus familiares", en su art. 4º que "... la vestimenta de sus representantes competitivos estará dada con la combinación de los colores negros y amarillo", en su art. 24º que: "serán socios deportivos los que reúnan condiciones especiales para representar competitivamente a la institución. La aceptación será privativa de la comisión directiva y se hará por períodos anuales renovables a juicio de la citada comisión", en su art. 30º que: "los socios deberán pagar en forma puntual, mensualmente y por adelantado las cuotas establecidas por la comisión directiva...", en su art. 41º establece quienes se encuentran eximidos del pago de las cuotas sociales no mencionándose a los socios deportivos.-

A fs. 194 declara Laura Raquel Cometto quien responde: (... si los integrantes del club demandado, utilizaban colores, recibían órdenes, asistían a entrenamientos...) representación federativa, el club nos federaba a la federación metropolitana de voleibol. Lo representábamos en los campeonatos oficiales recibían directivas técnicas. Que cuando jugaban lejos los transportaba el Club con un micro. (... si algún jugador del club demandado podía jugar para otro club sin autorización...) no se puede representar a dos clubes de la misma federación. En sentido concordante declara la testigo Mariana Vieytes a fs. 202vta./203: (... si los miembros de OSN recibían o no instrucciones, lucían distintivos y colores de la misma, órdenes del entrenador o del club...) si, tenemos un equipo y camisetas diferentes al resto, recibíamos instrucciones del entrenador, asistíamos a entrenamientos (...por qué medios eran transportados los jugadores que representaban a O.S.N.) en micros que ponía el club (si los jugadores que representaban al Club O.S.N. estaban federados) si pertenecíamos a la Federación Metropolitana de Voleibol. Que la federaba el Club que la quería como jugadora (...si para ser transferidas los jugadores de O.S.N. necesitaban la autorización del mismo) para cambiar de club necesitamos la autorización del club donde pertenecemos, que no se puede representar a dos instituciones simultáneamente.-

No puede dudarse que la relación que existía entre la actora y el club demandado excedía el mero contrato asociativo. Así, la primera ingresó con la categoría de socia deportiva en atención a sus condiciones especiales para representar a la institución (v. art. 24 del estatuto); cada año quedaba a juicio de la Comisión Directiva mantenerla en la categoría indicada. (v. art. 24 del estatuto); su incorporación al club fue con la finalidad específica de representarlo; por el hecho del fichaje en la Federación Metropolitana de Voleibol para el Club Obras Sanitarias de la Nación se hallaba impedida -por el año deportivo- de representar a otra institución; las testigos Cometto y Vieytes son contestes en señalar que: concurrían a entrenamientos, vestían el conjunto deportivo que identifica y diferencia a la asociación demandada, recibían instrucciones de un técnico y eran transportadas en micros contratados por la institución. Por último surge de los términos en que quedó trabada la litis que el equipo de voley que integraba la accionante participaba de los encuentros que

organizaba el club demandado o en campeonatos oficiales cuya organización corría a cargo de la Federación Metropolitana de Voleibol. Todo ello permite apreciar que se está ante un contrato de características específicas que como antes señalara supera el simple vínculo asociativo entre un socio y un club.-

Al respecto y avizorando esas particulares características se ha señalado que: " hoy por hoy, el contrato deportivo se lleva a cabo no solamente por jugadores profesionales, sino también por los aficionados. Los mismos se registran de manera similar en las distintas asociaciones a las cuales se encuentran afiliadas las diversas entidades deportivas que los agrupan, por lo que, tanto los jugadores profesionales como los amateurs, quedan fichados y registrados en favor de una entidad o club determinado. Han celebrado, en consecuencia, un verdadero contrato, que en el primero de los supuestos sería a título oneroso y en el segundo a título gratuito. Este contrato deportivo constituye la expresión moderna de la prestación deportiva, destinada a regular las relaciones que existen entre los deportistas y la entidad deportiva. El deportista se compromete a prestar su actividad deportiva, en representación de la entidad que lo afiliara, en las condiciones y forma que se regla sobre el particular en las distintas asociaciones agrupantes.- (Carlos Mario Bosso, "La responsabilidad civil en el deporte y en el espectáculo deportivo" págs. 26/27).-

Sin embargo creo conveniente reflexionar sobre el significado de la práctica deportiva, excluyendo lógicamente la de carácter profesional.-

La actividad deportiva consiste en la aplicación de la energía física o mental, con intensidad superior a la normal, en un juego o competición, conforme a reglas preestablecidas, generalmente con intención recreativa. (Jorge Joaquín Llambías, "Responsabilidad Civil proveniente de Accidentes deportivos", E.D., tº 47, pág. 947).-

La salud, según definición proporcionada por la Organización Mundial de la Salud, es el estado de completo bienestar físico, mental y social ... la necesidad de mantenerse activo posee dos facetas de importancia semejante: la actividad del trabajo (como herramienta de subsistencia) y la de recreación; en esta última se ubica entre otras, la práctica de deportes. ... el estado, como impulsor del bienestar general, vela por esa estado de salud, no sólo creando y manteniendo hospitales y fuentes de trabajo, sino también permitiendo y organizando actividades de recreación. La más de la veces sólo reglamenta la actividad deportiva a través de normas nacionales, provinciales o municipales; otras veces se convierte en verdadero protagonista. (Carlos A. Ghersi, "La responsabilidad deportiva", capítulo XIX, pág. 473 de la obra: "Responsabilidad Civil" dirigida por Jorge Mosset Iturraspe y coordinada por Aida Kemelmajer de Carlucci).-

Señala Llambías que: "el deporte no sólo es una actividad lícita (conf. arts. 2052, 2055 y 2056) sino plausible por su contribución a la formación integral del hombre, como medio de recreación y esparcimiento, y como factor de promoción de la salud de la población (arg. art. 1º, incs. a), b) y c), ley 18.247. Todo ello redundando en el desarrollo del potencial humano del país (art. 1º inc. d), ley 18.247), lo que explica la acción de fomento del Estado encarada en la mencionada ley. Dichos conceptos no han perdido actualidad pese a la sanción de la ley 20.655 sobre "Promoción de Actividades deportivas. Régimen".(ob.cit., pág. 947).-

En efecto, el mencionado cuerpo legal establece en su art. 1º que: "el estado atenderá al deporte en sus diversas manifestaciones considerando como objetivo fundamental: a) la utilización del deporte como factor educativo coadyuvante a la formación integral del hombre y como recurso para la recreación y esparcimiento de la población. b) la utilización del deporte como factor de salud física y moral de la población. c) el fomento de la práctica de competencias deportivas en procura de alcanzar altos niveles de las mismas..."-.

Lo expuesto lleva a señalar que no puede perderse de vista que si bien es correcto que la institución se beneficia y se prestigia con los éxitos deportivos que puedan obtener sus equipos representativos, no es menos cierto que como contrapartida al jugador se le brinda la posibilidad de: perfeccionarse en la práctica del deporte que voluntariamente ha elegido mediante entrenamientos supervisados por un técnico, formar un grupo con quien compartir su pasión por el deporte en un mismo nivel y adversarios con quienes competir (máxime en el caso de autos que se trata de un deporte grupal), utilizar instalaciones adecuadas para la práctica deportiva, contribuir al mantenimiento de su salud física y moral, etc.-

La circunstancia que sobre el deportista amateur pesen obligaciones que puedan compararse a las de un profesional en orden a la rigurosidad del entrenamiento y fichaje en determinada institución con lo que ello implica, en modo alguno puede llevar a asemejar el vínculo que los liga al que existe entre el obrero y el patrón, el futbolista profesional y el club para el cual presta servicios, etc. Las exigencias en orden al entrenamiento son una lógica consecuencia de la natural aspiración del ser humano ínsita en su espíritu por alcanzar el mayor grado de perfección en todas las actividades que desarrolla, aún en aquellas que realiza con finalidad recreativa.-

Nótese que la Federación Metropolitana de Voleibol informa que se trata de un deporte amateur y que de los términos del estatuto de la Asociación demandada no surge que los socios deportivos se encuentren exentos del pago de la cuota mensual correspondiente.-

Puestas de relieve, de esta forma, algunas particularidades del lazo entre el deportista amateur y la institución a la cual representa centraré el análisis en la cuestión referida a la responsabilidad, a cuyo fin reseñaré la opinión de diversos autores.-

Señala Carlos A. Ghersi que: "en los deportes profesionalizados, la situación jurídica está reglada, a veces, por un contrato de trabajo; en esos casos, los daños sufridos por el deportista se rigen por la ley de accidentes de trabajo y las leyes específicas de la actividad. Otro amplio espectro lo constituyen los deportistas ligados a ciertas instituciones sin condiciones de profesionalidad; se trata de participaciones voluntarias y gratuitas, aun cuando se paguen ciertos gastos, tales como pasajes, pequeños viáticos, comidas, etcétera. Mosset Iturraspe distingue entre el jugador federado y el no federado y dice que puede invocar contra su club las reglas del mandato; al maestro santafecino le parece injusto que la institución que aprovecha la práctica deportiva, no cargue con los daños que los jugadores sufren en esa misma actividad, pero se trata de una opinión minoritaria. La mayoría de la doctrina sostiene que los daños deben ser finalmente soportados por el deportista como un riesgo propio de la práctica. ( "La responsabilidad

deportiva", capítulo XIX, pág. 477 de la obra: "Responsabilidad Civil" dirigida por Jorge Mosset Iturraspe y coordinada por Aida Kemelmajer de Carlucci).-

Por su parte, Brebbia refiere que: "la celebración de un contrato de locación de servicios entre un empresario y un jugador no autoriza a inferir la existencia de una obligación de seguridad en favor de éste. El Club responderá por las lesiones y daños sufridos por el jugador, en ausencia de cláusula expresa que lo disponga, si se demuestra que sus representantes o dependientes incurrieron en culpa, en cuyo caso entran a funcionar los arts. 1077, 1109 y 1113 C.C., que sientan los principios básicos en materia de responsabilidad aquiliana. (La Responsabilidad en los accidentes deportivos, Abeledo Perrot, 1962, pág. 55).-

Llambías pone de resalto que: "la práctica del deporte la realiza el deportista por su cuenta y riesgo. El club o entidad deportiva que pone a disposición de los jugadores sus instalaciones e instrumentos de juego, no ha celebrado con ellos contrato alguno que obligue a la reparación del daño que cada cual pueda experimentar. Sólo puede hacerse valer contra el club una responsabilidad extracontractual, con arreglo a los principios generales, en función de la propiedad o guarda de las cosas productoras del daño o de la culpa en que incurrieron sus empleados. Esa situación puede variar con respecto a los jugadores profesionales que el club ha contratado, pues entonces, la solución depende de los términos del respectivo contrato. De ordinario el club se hace cargo de la atención médica del lesionado y soporta los sueldos que a él le sigue pagando. A falta de estipulación se entiende que el club nada debe. (Jorge Joaquín Llambias, Responsabilidad civil proveniente de accidentes deportivos, E.D., Tº 47, pág. 953/4). En el citado artículo hace referencia que en sentido contrario se expide Spota, A. G., en su nota en J.A., 1942-II-939, núm. 5, quien considera que el contrato de trabajo deportivo lleva implícita la obligación de seguridad.-

En lo relativo al supuesto de aquellos deportistas que practican deportes como amateurs representando a una institución, pero registrándose en la federación del deporte que corresponda, como integrantes de los planteles de la entidad de la cual dependen y luego de calificar tal vínculo como contrato deportivo Bosso expone que: "existe una verdadera dependencia jurídica con relación a la entidad que representa, y solamente dejan de depender de ella, cumplidos los recaudos necesarios para que así ocurra, de acuerdo a los reglamentos de la federación en cuestión, no obstante que no existe dependencia económica, atento a la índole de la prestación de la actividad deportiva sin remuneración que llevan a cabo. La entidad de la cual dependen les debe asistencia médica, previa, durante y a posteriori de la competencia, como así también, con relación a las prácticas que se hacen necesarias (para mantener al deportista en condiciones físicas y técnicas) para competir eficientemente en el deporte que eligiera para su práctica, en encuentros oficiales o por campeonato. La entidad respondería por los daños de las cosas de su guarda, como también por el hecho de sus dependientes, incluyendo los propios compañeros de equipo o coequipers adversarios circunstanciales en una práctica o entrenamiento, mediando culpa o dolo de parte de éstos, a través de los cuales pudiera llegar a ser lesionado un compañero adversario momentáneo, por el principio de responsabilidad refleja del principal (art. 1.113 del Código Civil). Sería una hipótesis similar el caso en el que un compañero de tareas, en un establecimiento fabril, por el hecho o en

ocasión del trabajo que realiza, y mediando culpa o dolo, lesiona a otro operario. (ob. cit., pág. 106).-

Estimo que el mencionado autor encuentra el fundamento de la asistencia médica, previa. durante y a posteriori de la competencia deportiva en el art. 3º de la ley 20.655 ( "el estado deberá, por intermedio de sus organismos competentes: .... c) Promover la formación de médicos especializados en medicina aplicada a la actividad deportiva, y asegurar que la salud de todos aquéllos que practiquen deportes sea debidamente tutelada. d) Asegurar que los establecimientos educacionales posean y/o utilicen instalaciones deportivas adecuadas...").-

Como se advierte, es minoritaria la posición que sustenta la parte actora en cuanto a la deuda de seguridad u obligación tácita de seguridad que pesaría sobre la demandada.-

Con relación al caso concreto, luego de evaluar todas las circunstancias y antecedentes llego a la íntima convicción que la relación entre la actora y la demandada no entrañaba una obligación de seguridad. Es así pues "en toda actividad deportiva existe una exacerbación de la conducta habitual, un despliegue fuera de lo común, de un esfuerzo o destreza física o mental, que aumenta lógicamente las posibilidades de que sus partícipes puedan sufrir algún daño" (Cazeaux-Trigo Represas, Obligaciones, tº II, pág. 173) y nada indica que a falta de una imposición legal las partes hubieran querido convertir al demandado en asegurador de los daños que pudiera sufrir el jugador durante la práctica del juego deportivo.-

Es más aún admitiendo por vía de hipótesis la existencia de la obligación tácita de seguridad del club para con la jugadora, eso no significa que en este caso, en atención a sus particularidades pueda llegar a afirmarse que aquélla sea de resultado. Expresa con relación al tema Vázquez Ferreyra, Roberto A. que: "La jurisprudencia y doctrina francesa se han encargado de echar luz sobre la cuestión, teniendo en cuenta para la distinción (entre obligación de medio y de resultado) el contenido de la obligación de seguridad en cada caso. Una vez el deudor se obliga sólo a lo que manda la prudencia y diligencia y otras compromete un resultado es decir que se obliga a que no ocurra ningún accidente a la persona o bienes del acreedor de la obligación de seguridad. El problema está en que ese contenido de la obligación es muy variable, impidiendo establecer una regla general. Por supuesto que para la víctima será más garantía o protección más eficaz cuando la obligación sea de resultado. ... Creemos que la solución está en el criterio de lo aleatorio. Si la integridad de la persona del acreedor o de sus bienes es demasiado aleatoria, dependiendo poco de la exclusiva diligencia del deudor, la obligación de seguridad será de medios. Si en cambio, lo normal es que un mínimo de cuidado o bien el cuidado necesario aunque sea serio es capaz de llevar al resultado esperado, la obligación de seguridad será de resultado. De ahí que lo aleatorio del resultado constituye el criterio de distinción que deberá ser apreciado en cada caso concreto". ("La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo", pág. 120/122).-

Admitiendo que la pauta que debe tomarse en cuenta para determinar si el deber de seguridad implica una obligación de medios o de resultado se vincula a lo aleatorio de la protección que puede brindar el deudor para la tutela de la integridad física del acreedor, siendo de medios cuando esa protección depende poco de la exclusiva diligencia del deudor, no puede

dudarse que en el caso la obligación asumida por el demandado es de medios.-

Desde esta posición no encuentro que se le pueda imputar culpa o dolo al Club Obras Sanitarias de la Nación y que por ende se la pueda responsabilizar.-

En la especie, tan conciente era la actora de los riesgos que implica toda práctica deportiva que ya con anterioridad al hecho que dio origen al presente había sido intervenida por una lesión similar. Por otra parte, los problemas en las rodillas son daños normales en la práctica del voleibol donde se las somete a esfuerzos considerables (saltos, desplazamientos violentos, etc.).-

En modo alguno se ha alegado que la actora no se encontrara en condiciones para jugar en la ocasión y que pese a ello se la coaccionó para que estuviera presente en el partido, que no tuviere el entrenamiento adecuado, que el precalentamiento antes de iniciar la competencia no fuera idóneo o que el ritmo de competencia excediera lo normalmente tolerable. Por el contrario es la misma actora la que señala que concurría asiduamente a entrenamientos y que recibía directivas de su entrenador técnico. Es decir se encontraba preparada como para afrontar las contingencias de un encuentro de alto nivel deportivo.-

Asimismo, de los escritos constitutivos del proceso surge que a la actora se le brindó asistencia y no se la desamparó. Al contrario, luego de la lesión fue trasladada al hospital Fernández y a posteriori recibió asistencia por intermedio de la Obra Social de Obras Sanitarias de la Nación que si bien a juicio de lo que después aconteció pudo no ser efectiva puso en evidencia el interés de la demandada por su asociado.-

En consecuencia, faltando a mi criterio uno de los elementos que hacen nacer la obligación de resarcir, en el caso el factor de atribución, juzgo adecuado que se confirme la sentencia en el punto.-

IV.- En cuanto a la imposición de costas en la instancia anterior peticiona la recurrente se aplique la segunda parte del art. 68 del Código Procesal.-

El artículo citado, en su primera parte consagra el criterio objetivo de la derrota, como fundamento de la imposición de las costas, que las mismas son un corolario del vencimiento y tienden a resarcir al vencedor de los gastos de justicia en que debió incurrir.

Sin embargo, el criterio señalado no es absoluto ya que la segunda parte del artículo citado faculta para eximir total o parcialmente de las costas al litigante vencido siempre que se encontrare mérito para ello.-

En las presentes actuaciones se encuentra configurada la situación de excepción por lo cual el agravio debe ser acogido ya que la actora bien pudo creerse con derecho a litigar en la forma en que lo hizo a la luz de los antecedentes y circunstancias que se han puesto de relieve en el presente.-

En consecuencia, propongo que las costas de la primera instancia se impongan en el orden causado. (art. 68, segunda parte del Código Procesal).-

V.- En síntesis, si mi criterio resulta compartido correspondería confirmar la sentencia en cuanto al fondo de la cuestión y modificarla en lo relativo a las costas, imponiéndoselas en el orden causado. Sin costas en la Alzada en razón de no haber mediado oposición.-

Voto del Doctor Marcelo Jesús Achával:

Por las consideraciones expuestas por la Dra. Gatzke Reinoso de Gauna, adhiero al voto que antecede.-

Disidencia del Doctor Claudio Marcelo Kiper:

Adhiero a las conclusiones a las que arriba la Dra Elsa Gatzke Reinoso de Gauna con relación a la existencia de relación causal entre el daño sufrido por la actora y la actividad desempeñada para el Club demandado. En cambio, lamentablemente, me veo impedido de compartir su muy fundado voto en lo que concierne a la responsabilidad del último, pues entiendo que la cuestión merece un enfoque diferente.

El a quo rechazó la demanda interpuesta sobre la base de dos consideraciones: a) inexistencia de relación causal entre el accidente sufrido y su posterior operación quirúrgica; b) el hecho de que el demandado no desamparó a la actora, pues de inmediato fue trasladada a un hospital en un micro de la entidad, y a posteriori se le ofreció continuar el tratamiento necesario en su obra social. Insinuó también, sin profundizarlo, el hecho de que un deportista se dedica voluntariamente a una actividad riesgosa.

Pues bien, el primero de los argumentos debe ser descartado por los motivos expuestos por la vocal preopinante.

En cuanto a la inmediata atención de la actora luego de que sufriera una lesión en su rodilla durante el desarrollo de un partido de voleybol disputado en el Club San Fernando, y en el que aquella representaba a la demandada, era lo menos que podía esperarse de una entidad deportiva con relación a sus jugadores. Lo grave hubiera sido que se la dejara allí librada a su suerte, pero que la demandada haya prestado en ese momento la conducta debida no puede influir en la determinación de la existencia, o no, de su responsabilidad civil. De lo contrario, habría que afirmar que el homicida no es responsable civilmente si a su víctima la conduce inmediatamente a un hospital, lo cual sería absurdo, y sin que ello implique equiparar ambas situaciones.

Tampoco puede incidir la circunstancia, no controvertida, de que la demandada le haya ofrecido atenderse a través de su obra social. En primer lugar, ello se relaciona con la magnitud del daño indemnizable, pero no con el deber de responder; por otro lado, hemos resuelto reiteradamente que la víctima tiene derecho a elegir donde atenderse y curarse según lo crea más conveniente, siempre que estén en relación con la naturaleza y gravedad de las heridas sufridas. La víctima no tiene obligación alguna de extremar la economía del gasto efectuado para su atención médica, cuando el desembolso en que incurre no aparece como superfluo o exagerado (Esta era la enseñanza de los clásicos franceses: ver Morello, A., "Posibilidad de resarcir a las víctimas de un hecho ilícito los gastos realizados por éstas con el designio de asegurarse el máximo de garantía asistencial o técnica", JA, 1968-V-723).

En cuanto a la asunción del riesgo deportivo, tampoco creo que en el caso libere de responsabilidad al obligado. Como señala Mosset Iturraspe, este acuerdo -denominado "consentimiento de la víctima" o consenso dell'offeso- no equivale a una excusa absolutoria, pues el consentimiento no puede referirse más que a la participación en un juego desenvuelto normalmente dentro de los límites de un correcto ejercicio. Expresa también

que la "autorización del perjudicado" no puede actuar como causa de justificación cuando el bien jurídico lesionado integra los derechos de la personalidad, como acontece con el derecho a la integridad física ("Responsabilidad por daños", II-B, Parte Especial, Bs As, 1973, págs. 95 y 101/2). Orgaz formula interesantes reflexiones en este sentido, y admite situaciones excepcionales, tales como las lesiones terapéuticas y aquellas derivadas de la necesidad de trasplantes, sobre todo cuando las lesiones no son mutilantes ("La ilicitud", Córdoba-Bs As, 1974, págs. 161/9)

Como expresan Agoglia, Boragina y Meza: "Nadie ingresa a un contrato como acreedor admitiendo la posibilidad de recibir un perjuicio con motivo de la ejecución de la prestación principal planificada, sino todo lo contrario. Nadie se compromete como deudor a prestar la conducta estructurada, sin que esté ínsito que la misma no puede constituirse en fuente de conocimiento adicional. Independientemente de las calidades de la prestación principal planificada, nos hallamos en presencia de un segundo interés invariable del acreedor -no recibir daño adicional al culminar el negocio- y de otra conducta también uniformemente planificada respecto del deudor, la de no generarlo durante el desarrollo efectivo de la referida actividad principal." ("La obligación de seguridad en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal", Rev. Jur. Delta, ps. 48 y ss.).

Asimismo, debe señalar que la intervención fáctica de la víctima, que interviene de manera no anómala ni irregular, no puede constituir una causa ajena al riesgo que libere de responsabilidad a quien lo controla u obtiene beneficios de la fuente que lo genera. Como señala Zavala de González, "conocer" un riesgo no es "aceptar" el perjuicio resultante, salvo el supuesto de riesgos extraordinarios cuyo conocimiento supone una actitud imprudente en quien los afronta. Por lo tanto, advierte que cabe distinguir entre quien "crea" el riesgo y quien lo "soporta", pues si bien la víctima coopera con el riesgo o posibilita con su conducta que entre en escena, jurídicamente su papel es pasivo (v. "Personas, casos y cosas en el derecho de daños", Bs As, 1991, págs. 62/5).

Además, conviene recordar que los deportes se suelen clasificar en tres grupos: a) los que por su propia naturaleza tienden a causar daño o lesiones a otra persona (vgr. lucha, boxeo, etc.); b) aquellos en los que aparece un riesgo de sufrir daño para la persona que lo ejercita (vgr. automovilismo, aviación, etc.); y c) deportes en los que prevalece la técnica, el arte, la destreza, pero en los que los riesgos son nulos o sensiblemente inexistentes (por ej. carreras a pie, tenis, natación, etc.) (v. Borrel Maciá, "La persona humana", Barcelona, 1964, pág. 64).

En esta línea de ideas, no puede sostenerse que la actora asumió el riesgo de sufrir lesiones, cuando se trataba de un deporte encuadrable en el tercer grupo, esto es, en el que riesgo era casi inexistente. Sin duda, no es lo mismo practicar boxeo que voley femenino (obviamente menos intenso que el masculino). Como señala Orgaz, la teoría de la aceptación de riesgos, con influencia sobre la responsabilidad, concierne sólo a los casos de riesgos anormales o extraordinarios, como ocurre con quien acompaña a un automovilista en una prueba de velocidad, o en disputar un asalto de esgrima sin careta protectora, o en viajar en un pequeño avión con la inminente amenaza de una tormenta, pues, en rigor, en estos casos hay culpa (ob. cit., pág. 184).

Desde otro ángulo, si se admitiese el carácter riesgoso de la práctica que dio origen a este litigio, el razonamiento del a quo deviene contradictorio, pues la mayoría de la doctrina, lo que justamente no discute, es que la obligación de seguridad existe en aquellos contratos en los que la actividad principal proyectada resulta estadísticamente riesgosa (v. Vázquez Ferreyra, R., "La obligación de seguridad en la responsabilidad civil...", pág. 109; Bueres, A., "Responsabilidad civil de los médicos", pág. 383; Mosset Iturraspe, J. y Lorenzetti, R., "Contratos médicos", pág. 162), mientras que otros autores se apartan de este criterio restringido y reconocen la existencia de la referida obligación en cabeza de todo deudor de una obligación de fuente contractual, con apoyo, esencialmente, en el principio de la buena fe, sin que el riesgo -propio del ámbito de la responsabilidad extracontractual- tenga influencia alguna (v. Agoglia, M., Boragina, J.C. y Meza, J.A., "Responsabilidad por incumplimiento contractual", Bs As, 1994; ídem, "Responsabilidad contractual de los profesionales", JA, 1991-III-734).

Admitido lo anterior, en la problemática que generan los daños sufridos por los participantes de una prueba deportiva, cabe admitir la responsabilidad de la entidad deportiva a la cual la actora estaba asociada, sobre todo teniendo en cuenta el especial vínculo que las unía, caracterizado como contrato deportivo, ya descrito por la Dra Gauna, por lo que resulta innecesario que me refiera a este aspecto.

No hay duda de que las recíprocas relaciones entre un club deportivo y cada uno de sus asociados son contractuales (conf. Sala D, 24/2/87). Pero debo resaltar que no estamos en presencia de la situación más común en la que el club pone a disposición del asociado sus instalaciones para la práctica de deportes y éste lo realiza de acuerdo a su voluntad. En el presente, la actora se encontraba federada y habilitada para jugar en forma exclusiva para Obras Sanitarias en torneos oficiales, y sujeta no solo a los estatutos y reglamentos del club, sino también al Reglamento Interno de la Federación Metropolitana (v. informe de fs 217/8). En el caso, la actora revestía la calidad de "socio deportista" por reunir "condiciones especiales para representar competitivamente a la institución" (art. 24 del Estatuto del Club Obras Sanitarias de la Nación).

De tal forma, si bien el voleibol es un deporte amateur, la situación se asimila a la de los deportes profesionalizados, pues no se lo practicaba por mera recreación, con las consecuencias que de ello derivan (v. Gherzi, C., "La responsabilidad deportiva", en Responsabilidad Civil, dirigida y coordinada por Mosset Iturraspe y Kemelmajer de Carlucci, Bs As, 1992, págs. 477/9). De ahí que resulte plenamente válida la opinión de Mosset Iturraspe, en tanto encuentra en dicha relación una situación de dependencia, partiendo de la base de que el deportista participa de una competencia organizada por una entidad que se reserva el contralor de la justa deportiva, y que imparte órdenes, instrucciones relativas al juego, etc. ("Responsabilidad por daños", cit. Págs. 100/1; en el mismo sentido Bosso, C.M., "La responsabilidad civil en el deporte y en el espectáculo deportivo", Bs As, 1984, págs. 105/6). Esta sujeción o sometimiento se manifiesta, principalmente, en dos aspectos: el entrenamiento y la disponibilidad (v. Majada, A., "Naturaleza jurídica del contrato deportivo", Barcelona, 1948, págs. 55 y 69). Se suman a ello otras dos notas características: la exclusividad y el plazo determinado. Como señala De Bianchetti, el origen de la exclusividad radica en el hecho de que el triunfo

deportivo identifica a la persona del vencedor con el club que representa, porque en la actividad lúdica el éxito logrado se transmite del individuo al grupo ("El contrato deportivo", LL, 100-895).

En la relación deportiva las prerrogativas del sujeto deportista quedan subordinadas a la reglamentación que impone el otro sujeto, la asociación, porque es el depositario de los intereses generales y permanentes de la colectividad (conf. De Bianchetti, A., ob. cit.).

El fundamento de esta responsabilidad ha sido hallado en la asunción de una obligación de resultado (deber de seguridad) por la entidad (conf. Spota, A.G., "Responsabilidad por accidentes deportivos", JA, 1942-II-936; Bosso, C.M., ob. cit., pág. 106; Alterini, A., Ameal, O. y López Cabana, R., "Derecho de obligaciones civiles y comerciales", Bs As, 1995, pág. 763).

La cuestión emerge de la Ley de Fomento y Desarrollo del Deporte (20.655), a lo que se suma, en el ámbito de la Capital Federal, lo dispuesto por los arts. 2 y 5 de la ordenanza 40.420/85 (B.M., 17.467), en tanto exigen que las instituciones deportivas realicen "el examen de aptitud específico para la práctica de cada deporte", responsabilizándolas de "todo daño que pudiera originarse en la salud de los deportistas en razón de las características y condiciones propias de la actividad".

En consecuencia, y a contrario de lo sostenido por mi colega, no tengo duda acerca de la existencia de una obligación de seguridad en la particular relación que vinculaba a las partes, obligación que, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, también se configura en forma tácita (conf. "VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal", Junín, octubre de 1994, recomendación 5º de la Comisión nº2).

Aceptada la existencia de una obligación de seguridad, no puede entenderse que en el caso sub examine se trate de una obligación de medios, y no de resultado.

Si se parte de la base de que a través de la obligación de seguridad el deudor "se compromete a devolver al otro contratante su persona o bienes sanos y salvos" (Vázquez Ferreyra, ob. cit., pág. 106), no cabe sino compartir la conclusión de un sector doctrinario que sostiene que la obligación de indemnidad es siempre de fines, sin excepción alguna (Stiglitz, G., "El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados", pág. 18 y nota 10; Zannoni, E., "Responsabilidad por productos elaborados", en Seguros y responsabilidad civil, vol. 5, pág. 289 y ss.; Kemelmajer de Carlucci, A., "Código Civil comentado, anotado y concordado", dirigido por Belluscio-Zannoni, vol. 5, pág. 538; Zavala de González, ob. cit., pág. 53; Agoglia, Boragina y Meza, "Responsabilidad por incumplimiento contractual", cit.).

Como afirman estos últimos autores, "garantizar significa afianzar un resultado concreto y no una mera actividad diligente... Por lógica consecuencia, como principio general, la sola circunstancia de que con motivo del desarrollo del programa de prestación de la obligación principal se produzca un daño adicional al acreedor, hará surgir contra el deudor una presunción de adecuación causal, desvirtuable mediante la demostración de las eximentes propias de todo sistema objetivo. El factor subjetivo queda en este tema absolutamente fuera de la cuestión, tanto para imputar como para exonerar responsabilidad, salvo disposición normativa o contractual en contrario." ("La obligación de seguridad...", cit. págs. 58/9). Al ser así, la prueba de haber obrado con diligencia, es decir sin culpa, no libera a la demandada.

En el intento de clarificar el problema de las obligaciones de resultado, demuestra Bueres que al estar fuera la culpa y admitirse sólo la exigente de la causa ajena, aparece con evidencia la índole objetiva de la responsabilidad, y la reducida significación de los casos de responsabilidad por culpa (v. "Responsabilidad civil de escribano", Bs As, 1984, págs. 55 y ss.).

Además, aún quienes admiten que la referida obligación de seguridad pueda ser de medios, aceptan que ello ocurre sólo en supuestos excepcionales (v. despacho 1-a de la Comisión nº2 de las citadas VI Jornadas).

Es que, como lo recuerdan Alterini, Ameal y Lopez Cabana, con cita de Mazeaud, otro factor objetivo de responsabilidad es la garantía, en cuya esfera, es posible que corresponda "reparar un daño sobrevenido por caso fortuito". Agregan que las ideas contemporáneas preconizan, como mecanismo idóneo para posibilitar la realización individual en el contorno social, un criterio solidarista, pues desentenderse de la desgracia ajena, en cambio, traduce egoísmo (ob. cit., págs. 200/1).

Modernamente se dá por supuesta la existencia de una responsabilidad objetiva en el ámbito de los contratos, superando así la tesis clásica en la materia (v. Bueres, A., "Responsabilidad contractual objetiva", JA, 5/4/89; Lorenzetti, R., "La responsabilidad objetiva en la contratación", en Mosset Iturraspe, Diez Picazo y otros, Daños, Bs As, 1991, pág. 84) y, a la vez, hay imputación objetiva cuando la obligación es de resultado. De todas formas, aún quienes no aceptan dicha clasificación de las obligaciones, afirman que cuando hay daños causados por circunstancias ajenas al fin jurídico del contrato, hay imputación objetiva con fundamento en la garantía de seguridad, y algunos tribunales han aplicado el art. 1113 aún en la responsabilidad contractual, cuando el desarrollo de una actividad riesgosa afecta la seguridad de las personas (v. Lorenzetti, ob. Cit., pág. 87). Sin perjuicio de señalar que la responsabilidad objetiva no se agota en el riesgo creado, pues existen otros factores objetivos de atribución, entre ellos la garantía (conf. Despacho de la comisión 3 del Primer Congreso Internacional de Daños), lo cierto es que, por distintos caminos, se arriba siempre a la misma solución.

El tema, por cierto merecedor de un desarrollo más profundo que el que aquí se realiza, mueve a otro tipo de reflexiones, pues puede afirmarse que en la actividad de esta clase de entidades deportivas -que indudablemente reviste una importancia social enorme dentro de la comunidad-, los daños que se producen regularmente a los deportistas que las representan resultan previsibles en la medida de su "regularidad estadística" (idea de las I Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Mercedes, 1981), lo que conlleva a la necesidad -la conveniencia económica de hacerlo es una decisión privativa de los obligados- de contratar un seguro (sobre el tema puede verse Jacobson, A., "El seguro de accidentes del deporte", Rev. de Derecho Deportivo, vol. II, nº 5, 1962). A su vez, se ha sostenido que la circunstancia de que un riesgo sea asegurable, esto es, que sea posible transferir a un asegurador, es razón suficiente para atribuir responsabilidad (De Ángel Yagües, R., "Asegurabilidad", en Alterini, A. y López Cabana, R., Enciclopedia de la responsabilidad civil, t.I, Bs As, 1965), idea recogida legislativamente por la ley 24.441 en materia de fideicomiso y leasing, aunque la forma en que lo hizo sea susceptible de críticas (ver sobre el tema, Lisoprawski, S. y Kiper, C.M., "Fideicomiso, dominio fiduciario, securitización", Bs As, 1995, págs. 190/2).

En lo que aquí interesa, no puede soslayarse que la asegurabilidad es una de las directivas empleadas para considerar que una obligación es de resultado y no de medios. Otra pauta, a tales efectos, reside en la consideración del bien jurídico involucrado: cuando está en juego la integridad corporal del acreedor se la considera de resultado.

Finalmente, desde el punto de vista procesal, quiero advertir que la demandada en ningún momento negó su responsabilidad, ya que limitó sus defensas a señalar la falta de causalidad adecuada entre el daño invocado y el hecho ocurrido, y a la circunstancia de haber prestado su asistencia. Más aún, ante el reclamo extrajudicial del padre de la actora, el Director del Departamento de Educación Física sugirió a las autoridades del club demandado que contemplasen la posibilidad de reintegrar el 40 o 50% de los gastos realizados por aquella (v. fs. 100).

En suma, por las razones expuestas, considero que la sentencia apelada debe ser dejada sin efecto, y que estas actuaciones deben ser devueltas a fin de que el juez de primera instancia se pronuncie sobre la procedencia y cuantía de los rubros reclamados en concepto de indemnización.

Con lo que se dió por finalizado el acto, firmando los señores jueces por ante mi, de lo que doy fe.-

///nos Aires, a los            días del mes de diciembre de 1995.-

Y Vistos, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcrito precedentemente por mayoría de votos el Tribunal decide:

Confirmar la sentencia en cuanto al fondo de la cuestión y modificarla en lo relativo a las costas, imponiéndoselas en el orden causado. Sin costas en la Alzada en razón de no haber mediado oposición.-

**3) CNCiv., Sala "H", "Canelo, Julia del Carmen y otro c/Vázquez, Gonzalo Gastón y otros s/daños y perjuicios". Rec. N°: 454.853.- Juzg: 6.-**

En Buenos Aires, a            18            días del mes diciembre del año 2007, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala "H" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos: "Canelo, Julia del Carmen y otro c/Vázquez, Gonzalo Gastón y otros s/daños y perjuicios" y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio el Dr. Kiper dijo:

Contra la sentencia dictada en primera instancia (fs. 1331/55), que hizo lugar parcialmente a la demanda que perseguía la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por un menor al ser embestido por un rodado a la salida de la escuela, expresan agravios la Ciudad de Buenos Aires (fs. 1479/89), la parte actora (fs. 1498/1512), la citada en garantía Caja de Seguros SA (fs. 1514/6), y los codemandados Vázquez (fs. 1518/21). La primera contestó el traslado a fs. 1523/30, la segunda a fs. 1532/4, la tercera a fs. 1546/8, y los últimos lo hicieron a fs. 1535/45. A fs. 1550/1 se expidió el Fiscal General sobre la aplicación del art. 22 de la ley 23.982.

Se agravia el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en primer lugar, de que se haya eximido de responsabilidad al conductor y al propietario del vehículo que embistió al actor. Señala que había carteles indicadores de la

proximidad de la escuela, que la velocidad era excesiva, y que el conductor debió conservar el pleno dominio del rodado. Invoca los arts. 39 y 50 de la ley 24.449. Concluye en que la responsabilidad es concurrente entre el conductor y la víctima. En segundo lugar, se agravia de que se haya establecido la responsabilidad del establecimiento educativo. Dice que no hay relación contractual y que resulta aplicable el art. 1112 del Código Civil, así como que no hubo falta de servicio ni negligencia de los docentes. En subsidio, cuestiona los montos fijados en concepto de indemnización, poniendo el acento en que el menor tenía enfermedades preexistentes. Cuestiona también el plazo fijado para hacer frente a la condena, y que se le hayan impuesto las costas al no haber prosperado todas las pretensiones.

La parte actora, tras reseñar que el hecho debió haber ocurrido antes de las 12.15 hs, se agravia de que sólo se le haya atribuido a la ciudad el 50% de la responsabilidad. Entiende que la víctima salió de la escuela antes de horario, lo que prueba la falla de la seguridad. Agrega que el menor no puede ser culpable al carecer de discernimiento en el momento del hecho. Cita y transcribe in extenso algunas sentencias judiciales. También cuestiona, por considerarlos insuficientes, los montos fijados en concepto de indemnización, así como que no se haya considerado al daño psicológico como rubro autónomo. Se agravia de que no se haya reconocido el reclamo por ayuda de terceros, ni la reparación pretendida por la madre, Julia Canelo. Finalmente, cuestiona que se haya aplicado la tasa pasiva de interés.

La Caja de Seguros SA sostiene que la póliza contratada con la escuela, n° 167936, sólo cubre los daños acaecidos dentro de la escuela, situación que -a su entender- fue consentida por la Ciudad de Bs As. En subsidio, solicita la aplicación de la franquicia de \$10.000. También se agravia de que se haya establecido la responsabilidad de las autoridades y maestros de la escuela ya que -sostiene- el hecho se debió a la culpa del menor.

Los demandados Vázquez, exentos de responsabilidad en el fallo apelado, se agravian de que, a su respecto, se hayan impuesto las costas en el orden causado.

## I. LA RESPONSABILIDAD

Es un hecho no controvertido en esta instancia la ocurrencia del evento; lo que controvierten las partes es la atribución, o no, de la responsabilidad. Por ende, cabe tener por cierto que el entonces menor Alejandro Torres, asistía a la escuela pública n°5 de esta Ciudad. El día 18 de abril de 1994, aproximadamente a las 12.15 hs, aquél salió de la escuela y al cruzar la calle fue embestido por un automóvil Fiat Regatta conducido por Gonzalo Vázquez, y perteneciente a Juan José Vázquez, lo que le produjo diversas secuelas.

El juez de primera instancia eximió de responsabilidad al dueño y al conductor, mientras que se la atribuyó en un 50% al establecimiento educativo, y el resto lo imputó al hecho de la propia víctima.

Examinaré, en primer lugar, lo atinente a la responsabilidad del establecimiento, máxime al haber ocurrido el hecho fuera de la escuela, pero en el horario de salida de los alumnos.

Por tratarse de un accidente ocurrido con anterioridad a la reforma introducida por la ley 24.830 al art. 1117 Cód Civ., aclaro que el régimen aplicable al establecimiento educativo, por los daños sufridos por un menor al encontrarse bajo su cuidado, si el establecimiento es estatal, al no existir -se ha

dicho- una relación contractual entre el Estado y el representante del alumno, la responsabilidad sería, en todos los casos, de carácter extracontractual (Sagarna, Fernando, Ley 24.830: Nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos, JA, 10/9/1997. Lo mismo sostenía dicho autor con anterioridad a la reforma del art. 1117: "Responsabilidad civil de los docentes y de los institutos de enseñanza", Buenos Aires, 1996, pág. 94 y sigtes; y "Responsabilidad del Estado por el hecho de los dependientes-docentes. El acto de altruismo de un menor (muerte por asfixia por inmersión)", al anotar un fallo en ese sentido, de la C1ª Apelaciones La Plata, sala III, ED, 171-13; y "El legitimado pasivo en la responsabilidad civil de los docentes", DJ, 1997-1-907; conf., Código Civil Comentado y Anotado, Dir. S. Cifuentes; Coord. F. Sagarna, Bs As, 2003, t. I, coment. al art. 1117, p. 927).

El antiguo art. 1117 del Código establecía una responsabilidad de carácter subjetivo, colocando en cabeza de los directores de colegio y maestros artesanos, una presunción de culpa. Se trataba de una presunción iuris tantum, desvirtuable por prueba en contrario, bastando para exonerarse de responsabilidad la acreditación de diligencia suficiente (Salvat - Acuña Anzorena, Fuentes de las obligaciones, v. IV, p. 177, N° 2835; Lafaille, Héctor, Tratado..., v. II, p. 1363; Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, II, p. 315; Boffi Boggero, Luis María, Tratado..., vol. V, p. 641, Compagnucci de Caso, Rubén, Responsabilidad Civil por el hecho ajeno, p. 197; Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio-Zanoni, Código Civil Comentado, V, p. 631).

Mientras tanto, la entidad titular del establecimiento (propietario en la educación privada y el Estado en la pública) podían responder objetivamente, a título de principal y por los hechos de su dependiente (art. 1113, primera parte, Cód. Civil; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Daños causados por los dependientes, Ed. Hammurabi, Bs As, 1992, ps. 106/7). O por la utilización de una cosa riesgosa o viciosa de la cual fueran dueños (art. 1113, segunda parte), cuando el daño se produce con intervención de un elemento material con esas características (López, Estanislao, Responsabilidad de establecimientos educativos: La inconsciente necesidad de subjetivizar la responsabilidad objetiva, LA LEY 2005-B, 473).

También es útil recordar que se resolvió que las obligaciones emergentes del establecimiento educativo no se reducen a prestar educación, sino que abarcan la obligación de seguridad, que se halla vigente tanto en el plano contractual, como en el extracontractual, la que comprende el deber de asegurar la integridad del menor a través del cuidado y vigilancia durante la guarda (CNCiv., sala L, 13/12/1996, "Borlee, María Cecilia v. Municipalidad de Buenos Aires"). Este deber de seguridad implica que mientras el alumno está bajo la autoridad escolar no sufrirá daños, aun cuando no haya contrato de enseñanza.

La demandada invoca el art. 1112 del Código, para luego argumentar en la inexistencia de una falta de servicio. En verdad, se trata de un planteo meramente teórico pero no es un agravio, pues no se advierte la ventaja de someter el caso a ese régimen.

Cuando el funcionario público causa un perjuicio en el ejercicio de sus funciones por cumplir de manera irregular sus obligaciones, surge su responsabilidad prescripta por el art. 1112, que establece un régimen

específico de responsabilidad. La doctrina se ha preguntado qué función cumple este art. 1112 ante una norma expresa y genérica como es la del art. 1109. En lo que aquí interesa, si bien existe generalizada coincidencia en que el factor de imputación es subjetivo, la cuestión es si se necesita acreditar, al menos, la culpa del funcionario, o es suficiente con la prueba de su actuación irregular, ya que se afirma que en el régimen específico del art. 1112 la culpa surge in re ipsa a través de la demostración de que el funcionario público cumplió de una manera irregular las funciones asignadas por la administración (Guastavino, Elías, Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración Pública, ED, 116-403).

A su vez, en la responsabilidad del Estado por faltas de servicio, que al igual que la del funcionario público es directa, el factor de atribución es objetivo. Aun cuando el funcionario haya actuado de manera irregular, no es necesario demostrar la culpa del Estado en la elección o vigilancia del agente. Responde aunque haya adoptado todas las precauciones posibles. Incluso, el Estado puede responder aun cuando haya sido lícita la actuación del funcionario de la que derivó un daño, por aplicación del principio de igualdad de las cargas públicas. Cabe advertir que aquí rige el derecho público, y que el Código Civil se aplica en forma subsidiaria. Por ende, aplicando dicha norma se arriba al mismo resultado, o quizás a uno menos ventajoso para el apelante.

Sostuve el 25/4/1995, al votar en la causa "Avilán, Héctor M. y otro v. Quilmes S.A. Expreso", que si bien es cierto que el deber de vigilancia sobre los estudiantes debe apreciarse con menor estrictez cuando éstos poseen una cierta comprensión de sus actos, acorde a su edad, si se trata de preadolescentes, debe ponderarse que, al hallarse en grupo, la excitación que normalmente se produce en menores de esa edad los vuelve aún más imprudentes que de ordinario, circunstancia que aconseja a los docentes extremar la diligencia en el cuidado de los mismos (arg. art. 512 CC.). La responsabilidad de los maestros a cuyo cargo inmediato se hallan los alumnos por la custodia de éstos, encuentra un mayor justificativo en el caso del desplazamiento de estudiantes fuera del recinto donde extienden su control las autoridades de la escuela.

En el caso, considero que es procedente responsabilizar al establecimiento educativo demandado por el accidente que sufriera el hijo de la actora, de 11 años en el momento del hecho, toda vez que si bien dicho accidente ocurrió fuera del ámbito del establecimiento escolar, no había transcurrido un considerable lapso de tiempo desde el horario de salida, y ello obligaba a la demandada a ejercer la guarda efectiva sobre los alumnos, siendo razonable exigirle que la preste durante ese período.

El ámbito escolar debe ser entendido en sentido amplio, comprendiendo todas las actividades organizadas y controladas por la autoridad educativa y aquellas conexas con la enseñanza (Reyna, Carlos, en Bueres-Highton, Código..., 3-B, p. 30). De ahí que en diversas oportunidades se ha hecho responsable al colegio por daños sufridos por el alumno en salidas, campamentos visitas a monumentos, etc.. Juega un rol fundamental, también, el horario en el que ocurre el hecho, además de otras circunstancias.

El juez de primera instancia tuvo en cuenta que: a) el horario de salida de la escuela era a las 12.15 hs, b) según las constancias de la causa penal, el Oficial de Policía interviniente declaró en el acta que "siendo la hora 12.15 aproximadamente", mientras que el Director del establecimiento, manifestó que

el accidente ocurrió "después de la hora de salida de la escuela"; c) los maestros acompañaban a los alumnos hasta la puerta; d) no se formaban cordones para cruzar la calle ni había vallas a la salida del colegio ni paso peatonal; tampoco carteles; e) según declaraciones de testigos los chicos salían "al tun tun", sin control de las maestras; f) quizás el menor salió antes de tiempo, si se advierte que la policía algo demora en llegar; g) ni el director ni las maestras observaron en el caso el debido control y vigilancia que estaba a su cargo.

Comparto estas conclusiones, en rigor firmes, ya que ni siquiera son rebatidas en el memorial de la apelante. Por otra parte, como adelanté, al establecer el antiguo art. 1117 una presunción de culpa, debió la demandada destruir la presunción, lo que no consigue. Dicha norma contemplaba la liberación de tal responsabilidad si se demuestra que "... no pudieron impedir el daño con la autoridad que su calidad les confería y con el cuidado que era su deber poner". Nada de esto fue probado, sino todo lo contrario.

Tampoco puede considerarse que el comportamiento del alumno, cuya vigilancia y educación se le encomienda, sea tenido por imprevisible o inevitable, desde que cuentan para evitarlos con la autoridad que esa calidad les confería (arg. art. 1117 CC.; CNCiv., sala I, 25/11/1991, JA 1993-II-32).

Por ende, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debe responder por las lesiones sufridas por un menor en un establecimiento educativo que está bajo su dependencia, si aquéllas obedecieron a una omisión -por parte de los docentes- en los cuidados que imponían las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Propongo que se confirme la sentencia en este aspecto.

Corresponde tratar la situación del conductor y del propietario del rodado embistente. Se trata de un accidente de tránsito en el que la víctima fue un peatón embestido por un rodado. En tales condiciones, resulta aplicable el régimen emergente del art. 1113, segunda parte, del Código Civil, ya que los automotores en movimiento son cosas riesgosas (Mosset Iturraspe, J., Estudios sobre responsabilidad civil, IV, p. 83; Borda, G., La reforma del Código Civil, ED, 30-809; Trigo Represas, F., Responsabilidad civil en materia de accidentes de automotores, p. 114 y ss.; entre muchos otros), de modo que pesa sobre los sindicatos como responsables una presunción de la que pueden eximirse, total o parcialmente, acreditando el hecho de la víctima, de un tercero, o el caso fortuito, es decir, una causa extraña o ajena (Orgaz, A., El daño con y por las cosas, LL, 135-1953; Garrido, Responsabilidad objetiva y riesgo creado, JA, 1979-doct.-811; Goldenberg, I., La relación de causalidad, p. 132). El riesgo y, en su caso, el vicio de la cosa, da nacimiento a la responsabilidad del dueño o guardián, con total prescindencia del elemento subjetivo de la culpa, que no constituye en este caso un presupuesto del deber de resarcir.

Es necesario acreditar que el accionar del menor objetivamente considerado se erigió en factor causal del hecho y, en supuestos como el de autos, que ese accionar resultó imprevisible e inevitable para el conductor demandado erigiéndose para él en un caso fortuito, pues solo de ese modo se configura la exención de responsabilidad que autoriza el ordenamiento (art. 1113, párrafo segundo, in fine, Código Civil).

Diversos testigos declararon, y el juez tuvo en cuenta sus dichos, especialmente de los que presenciaron el accidente. De tales relatos surge que

el menor salió de la escuela corriendo entre dos autos para cruzar la calle. En ese momento, había autos detenidos en doble fila, aparentemente en dos carriles, mientras que el Regatta estaba en el tercero.

El hecho de cruzar fuera de una senda de seguridad es un motivo determinante de la intervención de la causa ajena en la responsabilidad objetiva de los automovilistas. El menor cruzó la calle por un lugar no autorizado.

De tal forma, no hizo lo que en iguales circunstancias de tiempo y lugar habría hecho alguien normalmente prudente y diligente (arts. 512 y 909, Código Civil). Además, la violación de las normas específicas que rigen la circulación genera una presunción de culpabilidad que pesa sobre el infractor, lo que debe ser considerado especialmente para apreciar la causal liberatoria prevista en el art. 1113 (conf. Kemelmajer de Carlucci, en Belluscio-Zannoni, Código Civil comentado, anotado y concordado, 5, p.487). De haber actuado de otro modo, quizás el accidente no habría sucedido.

El hecho de que la víctima haya sido un menor de edad, sin discernimiento, como sostienen los actores, es irrelevante, pues como sostiene Pizarro "el centro de la cuestión debe ser emplazado en el lugar que corresponde: la relación de causalidad. No se trata de ponderar culpas sino autorías materiales, y desde ese ángulo, tanto el hecho de la víctima culpable como el no culpable, pueden ser causa adecuada, exclusiva o concurrente del daño...". Por ello, "si no existe nexo causal entre la conducta del sindicado como autor material del menoscabo y éste último, en modo alguno se puede configurar la obligación de resarcir, por falta de uno de sus presupuestos ineludibles... ". Concluye en que "dentro de un contexto de causalidad adecuada, tanto el hecho culpable de la víctima como el no culpable deben asumir idénticas consecuencias. La saludable intención de proteger a la víctima no puede llevar a atribuir las consecuencias dañosas a quién no es autor del menoscabo..." (Causalidad adecuada y factores extraños, en el libro "Derecho de daños", Primera Parte, La Rocca, Bs As, 1991, ps. 264/5).

Claro que ello puede no excluir -totalmente- la responsabilidad del conductor si no conservó el pleno dominio que debe tener sobre la máquina en todo momento; máxime teniendo en cuenta que se ha resuelto en numerosas oportunidades que el peatón distraído e incluso imprudente es un "riesgo común" al tránsito, y que el guardián de la cosa peligrosa está obligado a mantenerse atento a las evoluciones de la circulación, y entre ellas a la conducta imprevista de los transeúntes (v. la numerosa jurisprudencia citada en Sagarna, F., La culpa de la víctima-peatón como factor eximente en la responsabilidad civil por riesgo creado, LL, 28/11/94).

En el caso, en el momento del hecho concurrió el oficial de Policía y según surge del acta labrada en ese instante, los dos testigos que allí declararon (Elsa de Varela o Elsa Toro y Alonso Vélez) "coincidieron en que "el menor cruzó corriendo la calle en forma imprevista por lo que el Fiat Regatta venía a marcha lenta sobre la mano izquierda de Humberto 1 no pudo frenar embistiéndolo con su parte delantera derecha" (fs. 1 vta, causa penal agregada). La testigo mencionada ratificó su declaración en dicho expediente (fs. 17). El perito que intervino en dicha causa manifestó que el vehículo del demandado presentaba "daño frontal con incidencia sobre el extremo derecho que afecta con rotura de cristal de óptica delantera derecha y roce sobre la zona superior frontal de capot lado derecho" (fs. 32 vta).

El perito que intervino en esta causa realiza un croquis del cual surgiría que el menor fue embestido y arrojado, y que el vehículo embestidor hizo un recorrido de frenada (fs. 672). También destaca la existencia de carteles indicadores de la existencia de una escuela, aunque también es cierto que el peritaje se realizó años después de ocurrido el hecho. Informó el experto que presencié la salida de los niños de la escuela, "evento que no puede pasar inadvertido para nadie", y que lamentablemente adultos y escolares cruzaban por la mitad de la cuadra (fs. 673). Destaca que si el menor sufrió lesiones en el cráneo, "debemos asumir que su trayectoria fue una parábola empinada, con una moderada base horizontal, que estimamos no superior a 2 m" (fs. 673 vta). Descartó la versión de los demandados en el sentido de que el menor "se estrelló" contra el rodado (fs. 674). Insisten en esta instancia en esa versión, con apoyo en declaraciones testimoniales, pero me resulta más convincente la opinión del experto, ya que es más probable que un auto embista a una persona que a la inversa.

Hay que tener en cuenta que el hecho ocurrió frente a una escuela y que había automóviles detenidos en doble fila, así como que la salida era desordenada. Al ser así, ello obligaba al conductor a extremar los cuidados ya que estaba advertido de la posible salida de alumnos (menores de edad) que pudieran cruzar la calle, o al menos debió observarlo. Es un hecho notorio que, lamentablemente, a la salida de una escuela se produce desorden y que tanto mayores como menores cruzan a mitad de cuadra. Además, aunque los testimonios no son uniformes, algunos afirmaron la existencia de carteles indicadores.

Asimismo, según el perito mecánico, el demandado Vázquez circulaba a una velocidad superior a la permitida en ese lugar (fs. 673/4, 774, 784, 833), y el menor fue arrojado por la fuerza del impacto. En los lugares en los que hay una escuela y salen alumnos, la velocidad de circulación debe ser extremadamente baja, por razones obvias. El juez desechó esa solución por contradecir a los testigos y por carecer de respaldo científico, pero no adhiero a esta conclusión, pues no hay elementos en la causa que la desmientan categóricamente. A mí entender, el perito, sobretodo en los diversos pedidos de explicaciones, fundamenta científicamente su opinión (aplica fórmulas y cita bibliografía), y la sana crítica aconseja que en este campo su parecer prevalezca sobre la opinión de algunos testigos.

Elsa Mercedes Toro, testigo presencial, declaró en este juicio. Dijo que "fue cuestión de segundos; que el chico sale para atravesar la calle y embiste el chico en la trompa al coche; que el coche circulaba a poca velocidad" (fs. 1064). Esta versión, que es invocada por los demandados, fue dada el 29 de agosto de 2001, mientras que el día del evento (18/4/94), ante el oficial de Policía, manifestó que el rodado fue el embestidor. También admitió que frenó a los pocos metros, aunque interpretó que si venía rápido no hubiera podido frenar. Creo que debe prevalecer en la interpretación de este punto la opinión del perito. Además, si existen contradicciones, debo preferir su primera declaración, más espontánea.

Lo cierto es que si el demandado no hubiese creado el riesgo ínsito en la conducción del rodado o, con un fundamento subjetivo, si hubiese estado más atento habría detenido la marcha -más aún si no conducía a elevada velocidad y sus frenos estaban en buenas condiciones- o se habría desviado, tampoco este evento habría ocurrido.

En cuanto al grado o proporción que cabe asignar a cada uno de ellos en la responsabilidad del hecho dañoso, considero correcto el criterio del a quo (50% para cada uno, aunque para otro responsable), por aplicación del reiterado criterio jurisprudencial según el cual, en la imposibilidad de establecer una proporción mayor de culpa de uno de los intervinientes con relación al otro, cabe distribuir la responsabilidad por mitades (CNCiv., Sala A, ED, 43-416; Sala C, ED, 29-160; Sala F, JA, 1969-2-471; Sala E, "Rojas c/Crissi", 13/4/94; entre muchos otros). En la especie, no se advierte elementos de convicción que permitan atribuir a uno un porcentaje mayor que al otro.

Por lo tanto, propongo que se modifique la sentencia apelada, y que se extienda la condena representativa del 50% de la responsabilidad, al conductor, al dueño del rodado, y a la citada en garantía en los términos del contrato de seguro, quienes responderán en forma concurrente, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan darse entre ellos.

## II. LOS DAÑOS

### a) Incapacidad

La demandada sostiene que el monto es "excesivo, infundado e irrazonable" (fs. 1485). Agrega que el juez no tuvo en cuenta que observó el informe pericial y que, según la experta (fs. 1031), el déficit intelectual no está motivado por el accidente, sino preexistente. Señala que el menor ya estaba bajo tratamiento psicológico.

En primer lugar, el hecho de haber impugnado el peritaje no es motivo suficiente para prescindir de él, máxime cuando se trata de cuestiones técnicas, en las que el experto colabora con el juez. En primer lugar, llama la atención lo manifestado por la apelante, cuando a fs. 1031 la perito, respondiendo impugnaciones, dice lo contrario a lo que afirma la demandada. En efecto, dice la médico legista que "se afirma sin duda que el déficit intelectual es motivado por el accidente de marras y que la incapacidad del 59% para el menor se encuentra especificada y discriminada (...) Las observaciones en traslado carecen de sustento científico alguno para conmovier las conclusiones a las que arribara la suscrita" (fs. 1031 vta).

Por su parte, la actora considera que el monto fijado es insuficiente. Relata lo ocurrido y los tratamientos sufridos, así como las secuelas derivadas del evento. Dice que la incapacidad, fijada por la perito en un 57,2%, debió establecerse en un 70%, y que otras deficiencias arrojarían una incapacidad total del 119%.

Como señalé anteriormente, creo que la perito ha presentado un dictamen muy fundado, y ha brindado todas las explicaciones que le pidieron las distintas partes que intervienen en este expediente. En lo que hace a este punto en particular, la perito explicó que entre los distintos baremos posibles prefiere utilizar el "nacional", y que al momento del examen no detectó ciertas dolencias planteadas por la actora en su impugnación (epilepsia, hemiparesia, dificultades para tragar, etc; ver fs. 1059/61).

Cabe también advertir que la impugnación fue suscripta por un abogado (fs. 1040/2), ni siquiera por un consultor técnico profesional. Ello también es insuficiente para que su opinión prevalezca sobre la del experto en la materia.

Fuera de lo expuesto, considero que la suma fijada por el a quo en ejercicio de sus atribuciones es razonable y que debe ser confirmada, ya no progresan los argumentos que se esgrimen para su modificación.

b) Daño psicológico

Soy consciente de las dificultades que implica establecer la existencia, o no, del denominado daño psicológico, y de las discusiones doctrinarias sobre su autonomía. Por mi parte, siempre he considerado que se trata de un daño autónomo, diferente del moral, pero también ha resuelto esta Sala, en numerosas oportunidades, que lo importante no es el nombre que se le atribuya a un daño determinado, sino, en definitiva, que el resarcimiento sea el adecuado. En otras palabras, si el juez de primera instancia, al medir o cuantificar el importe en concepto de daño moral, tuvo en cuenta lo dictaminado por el perito sobre la cuestión psicológica, no hay agravio. Que el resarcimiento sea otorgado por un concepto o por otro no implica un perjuicio.

Además, en este punto la parte actora no satisface el recaudo de formular una crítica concreta y razonada de los argumentos del fallo apelado, ya que se limita a transcribir casi textualmente y en extenso otras sentencias sobre esta temática, lo que considero insuficiente.

c) Daño moral

Se agravia del monto la parte demandada. Dice que no se compadece con las lesiones físicas padecidas por la víctima, que a su entender no son de magnitud, y que "este rubro tiene una naturaleza meramente ejemplificativa y no resarcitoria". Agrega que debe haber una correspondencia con el daño material.

No creo necesario extenderme demasiado, ya que en reiteradas ocasiones ha resuelto esta Sala -con lo que coincide la doctrina y jurisprudencia mayoritarias- que la indemnización en concepto de daño moral tiene naturaleza indemnizatoria y no a título de sanción. También ha resuelto esta Sala repetidamente que el daño moral no tiene porqué guardar relación con el daño material, ni ser inferior su importe.

Además, omite la apelante que el juez, al estimar la indemnización, valoró las consecuencias de índole psicológico que detectó el perito, ya que no admitió su reparación por separado.

En estas condiciones, los agravios no pueden prosperar.

d) Gastos de tratamiento

Para la actora, el monto establecido es insuficiente, pero no aporta elementos que me induzcan a modificar lo establecido en primera instancia.

En cuanto a lo manifestado por la demandada, en el sentido de que no explica el a quo porqué acoge este reclamo y cómo lo cuantifica, creo que tampoco se cumple con la carga aludida. En este expediente, como ya manifesté, se produjo un serio informe a cargo de una profesional, quien evacuó todas las impugnaciones que le formularon. De allí surge la necesidad de un tratamiento psicológico. El hecho -también invocado- que haya aprobado satisfactoriamente la escuela primaria no impide el reconocimiento de la necesidad de este tratamiento, avalado en este caso por la perito.

Las críticas son, por ende, inadmisibles.

e) Ayuda de terceros

Insiste la parte actora en este reclamo, pero no puede ser aceptado. La perito médico destacó en su informe y al responder a las impugnaciones que el entonces menor no precisaba de la ayuda de terceros. Manifestó expresamente que "no precisa actualmente personal auxiliar para su cuidado personal ya que puede autoabastecerse en su cuidado personal y desarrollar tareas simples cotidianas sin ayuda, como lo demuestra el hecho que Alejandro, entre sus

tareas diarias, concurre a una escuela de nivel secundario". Además, descartó que el citado se perdiese en la Ciudad o se durmiera (fs. 1060 vta). El daño resarcible debe ser cierto y no hipotético.

f) Reclamos de Julia Canelo

El juez de primera instancia entendió que el reclamo no resultaba preciso y que, además, en función de lo dispuesto por el art. 1078 del Código Civil, con citas de doctrina, no le correspondía a la actora este reclamo. Le reprochó también no haber reclamado daños materiales que, de ser probados, hubiera admitido (fs. 1353 vta/4vta).

En sus escuetos agravios (fs. 1511 vta), la actora ni siquiera intenta rebatir estas conclusiones. Coincido con el a quo en que el reclamo formulado en la demanda no fue claro, y tampoco lo es el formulado en esta instancia, con el agravante de que no es posible introducir cuestiones que no fueron oportunamente planteadas.

### III. LOS AGRAVIOS DE LA ASEGURADORA

Alega que la póliza sólo cubre los daños que se produzcan dentro de la escuela, mientras que en este caso el hecho ilícito ocurrió fuera de ella; agrega que la situación fue consentida por la Municipalidad.

El agravio no puede prosperar. Como señalé al tratar la responsabilidad de la asegurada, el ámbito escolar debe ser entendido en sentido amplio, comprendiendo todas las actividades organizadas y controladas por la autoridad educativa y aquellas conexas con la enseñanza. En el caso, como dije, el hecho ocurrió cuando el menor todavía estaba bajo la custodia de las autoridades de la escuela, incluso existen elementos que permiten inferir que la víctima salió antes del horario de salida, y hasta que se escapó.

En cuanto a la franquicia, teniendo en cuenta que la condena la alcanza en los términos del contrato de seguro, y que este tipo de cláusula es oponible a la víctima, corresponde que se aclare que la condena es con ese alcance. De todos modos, es lo que dice el fallo apelado al citar en el punto III de la parte dispositiva al art. 118 de la ley 17.418 (ver fs. 1355).

### IV. LAS COSTAS RESPECTO A LOS CODEMANDADOS VÁZQUEZ

Teniendo en cuenta que propongo modificar lo decidido en primera instancia sobre la responsabilidad de estos codemandados, sus agravios sobre la forma en que se impusieron las costas se han tornado abstractos.

### V. LAS COSTAS RESPECTO AL GOBIERNO DE LA CIUDAD

Esta parte alega que como la demanda no prosperó en todas sus partes ni por la totalidad de los montos reclamados, las costas debieron distribuirse. El artículo 68 del Código Procesal consagra el criterio objetivo de la derrota, como fundamento de la imposición de las costas. Las mismas son un corolario del vencimiento y tienden a resarcir al vencedor de los gastos de justicia en que debió incurrir para obtener ante el órgano jurisdiccional, la satisfacción de su derecho. Al ser así, su objeto es que las erogaciones efectuadas no graviten sobre el patrimonio de aquél, en desmedro de la integridad del derecho reconocido.

Sentado lo expuesto, considero que ha sido correcta la imposición de las costas a esta demandada. Por principio, las costas deben pesar sobre la parte vencida en el juicio, y toda excepción a dicha regla debe ser debidamente

fundada y consecuencia de lo resuelto en el fondo de la cuestión. A esto cabe agregar que toda excepción al principio, por su condición de tal, es de interpretación restrictiva.

En la especie, no obstante las particulares circunstancias, considero que los demandados pueden ser asimilados al status de vencidos. Tiene tal calidad aquél contra quien tiene efecto el reconocimiento judicial emanado de la sentencia. Por lo tanto, el hecho de que la acción no haya prosperado en toda su extensión no justifica la liberación de costas de quien, sin allanarse siquiera parcialmente, obligó al actor a litigar para obtener el reconocimiento de su derecho (ST Río Negro, Sala B, 24/8/92, "Hernández c/Empresa Servicios Industriales SA").

Además, he dicho en reiteradas oportunidades que la condición de vencido debe apreciarse en forma global, y no de manera numérica. Asimismo, si no prosperaron todos los reclamos de los actores, ello igualmente la beneficia teniendo en cuenta que la base regulatoria para los honorarios estará representada por el monto por el cual progresa la acción.

En suma, este agravio es inatendible.

#### VI. LA TASA DE INTERÉS

Resolvió esta Cámara en un fallo plenario que, en virtud de la aplicación de la ley 23928, los intereses moratorios deben liquidarse, en ausencia de convención o de leyes especiales, según la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina de acuerdo a lo previsto por el art. 8 del decreto 529/91, modificado por el decreto 941/91 (CNCiv. en pleno, 2/8/1993, Vázquez, Claudia Angélica v. Bilbao, Walter —LA LEY, 1993-E, 126—). La doctrina plenaria sentada en los autos "Alaniz" (LA LEY, 2004-C, 782), importó el mantenimiento de la vigencia del plenario "Vázquez".

La obligatoriedad que tiene la doctrina legal (art. 303 CPCCN.) impide ensayar la aplicación de tasas de interés diversas con fundamento en criterios que por muy respetables que puedan parecer, coadyuvarían a resentir la seguridad jurídica que la doctrina legal tiende a privilegiar.

#### VII. LA APLICACIÓN DE LA LEY 23.892

Entiendo que la cuestión ha sido debidamente tratada en el dictamen del Fiscal General, a cuyos fundamentos me remito por razones de brevedad.

Agrego a ello que hay que valorar que el hecho ocurrió hace más de trece años, con lo que la demandada tuvo tiempo suficiente para hacer una previsión en el presupuesto. Por ende, este agravio no puede prosperar teniendo en cuenta -en el caso- el carácter del crédito en cuestión.

Por lo tanto, propongo que se modifique la sentencia apelada, y que se extienda la condena representativa del 50% de la responsabilidad, al conductor, al dueño del rodado, y a la citada en garantía en los términos del contrato de seguro, quienes responderán en forma concurrente con el Gobierno de la Ciudad, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan darse entre ellos; y que se la confirme en todo lo demás que decide; con costas de ambas instancias a todos los vencidos.

El Dr. Jorge Alberto Mayo y el Dr. Jorge A. Giardulli por las consideraciones expuestas por el Dr. Kiper, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe. Fdo. Jorge Alberto Mayo, Jorge A. Giardulli y Claudio M. Kiper.

///nos Aires, de diciembre de 2007.

Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcrito precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide:

Modificar la sentencia apelada, y extender la condena representativa del 50% de la responsabilidad, al conductor, al dueño del rodado, y a la citada en garantía en los términos del contrato de seguro, quienes responderán en forma concurrente con el Gobierno de la Ciudad, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan darse entre ellos; y confirmarla en todo lo demás que decide; con costas de ambas instancias a todos los vencidos (art. 68, párrafo segundo del Código Procesal).

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. Fdo. Jorge Alberto Mayo, Jorge A. Giardulli y Claudio M. Kiper.

**4) CNCiv. Sala "H", 21/06/1996. "Lyons, Rita Diana c/ Asociación Civil Colegio San Marcos (St. Mark's School) y otro s/ ds. ps."**

En Buenos Aires, a 21 días del mes de junio del año 1996, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos: "Lyons, Rita Diana c/Asociación Civil Colegio San Marcos (St. Mark's School) y otro s/Daños y Perjuicios" y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Kiper dijo:

Contra la sentencia definitiva recaída en la instancia precedente (fs.888/910), expresan agravios la parte actora a fs. 925/932, la citada en garantía a fs. 933/934 y la codemandada Asociación civil Colegio San Marcos a fs. 935/951. Corridos los traslados, la codemandada lo contesta a fs.957/959, la actora a fs. 961/966 y a fs.967/978 y la citada en garantía a fs.979/980.

Los agravios pueden resumirse del siguiente modo: La actora se queja por la suma fijada en concepto de daño material por la muerte de su hijo, cuya elevación solicita, y porque no se tuvo en cuenta el daño experimentado en la salud del hermano del niño, así como por la suspensión de trabajos de reparación del hogar. La citada en garantía solicita que se revoque la condena a su respecto ya que la cobertura no incluía incumplimientos contractuales. Finalmente la demandada cuestiona la atribución de responsabilidad a su parte, la procedencia y subsidiariamente el monto de las sumas dispuestas por pérdida de chance y daño moral; la fecha desde la que procede el cálculo de

intereses y la imposición de costas a su parte por el rechazo de la demanda respecto de quien se encontraba con los alumnos en el momento del hecho, Gustavo E. Foster.

Por una cuestión de orden, analizaré en primer término el agravio de la demandada referido a su responsabilidad en el hecho, para luego avocarme a los demás rubros que serán tratados en forma conjunta.

## I. RESPONSABILIDAD

La Sra. Jueza a quo, en su meduloso pronunciamiento, entendió que por existir un contrato de enseñanza celebrado entre los padres y la institución educativa, el tema debía resolverse en la órbita de la responsabilidad contractual. En este marco atribuye responsabilidad a la escuela accionada, por el incumplimiento de la obligación tácita de seguridad que la misma tenía respecto del menor, frente al cual no acreditó la existencia de alguna de las causales de exoneración (fs.903).

La apelante no cuestiona el encuadre legal dado al caso; incluso de manera expresa acepta que sobre su institución pesaba una obligación tácita de seguridad respecto del menor. Su queja se basa en el alcance que el fallo dio a la mencionada obligación, que entiende es de medios y no de resultado como sostuvo la sentenciante. Además, considera que de su parte no hubo culpa y que se omitió ponderar la responsabilidad de los progenitores del niño fallecido, quienes ocultaron a la institución escolar las características de personalidad de aquél.

Analizaré estos agravios en el orden en que han sido expuestos.

Se define a la obligación de seguridad como aquella existente en todo tipo de contrato, por la cual el deudor garantiza objetivamente al acreedor que, durante el desarrollo efectivo de la prestación planificada, no le será causado daño en otros bienes diferentes de aquel que ha sido específicamente concebido como objeto del negocio jurídico. Resulta indiferente que haya sido expresamente prevista por las partes (art. 1197, cód. Civil), exista sobre la base aplicativa del principio de buena fe que impone ineludiblemente el art. 1198, Cód. Civil, o resulte de estipulaciones normativas específicas (Agoglia, María-Boragina, Juan y Meza, Jorge “Responsabilidad por incumplimiento

contractual”, Hammurabi, 1993, págs. 161/163 y sus citas). Fernando Sagarna expresa que la obligación accesoria de seguridad constituye un deber de garantía con respecto a la persona y a los bienes, basada en el principio de la buena fe estipulado en el art.1198 del Cód. Civil (“Responsabilidad civil de los docentes y de los institutos de enseñanza”, Depalma, 1994, pág.158 y su cita).

De manera concordante, Vázquez Ferreyra la define como aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o sus bienes, sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato, a través de su interpretación en base al principio de buena fe (“La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo”, Vélez Sarsfield, 1988, pág.105/106).

Si se parte de la base de estas definiciones para establecer que tipo de compromiso asume el deudor a través de la obligación de seguridad, no cabe sino compartir la conclusión de un sector doctrinario que sostiene que esta es siempre de fines, sin excepción alguna (Stiglitz, G., "El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados", pág. 18 y nota 10; Zannoni, E., "Responsabilidad por productos elaborados", en Seguros y responsabilidad civil, vol. 5, pág. 289 y ss.; Kemelmajer de Carlucci, A., "Código Civil comentado, anotado y concordado", dirigido por Belluscio-Zannoni, vol. 5, pág. 538; Agoglia, Boragina y Meza, ob. cit., págs. 171/173 y sus citas).

Como afirman estos últimos autores, “garantizar significa afianzar un resultado concreto y no una mera actividad diligente...” Por lógica consecuencia, como principio general, la sola circunstancia de que con el desarrollo del programa de prestación de la obligación principal se produzca un daño adicional al acreedor, hará surgir contra el deudor una presunción de adecuación causal, desvirtuable mediante la demostración de las eximentes propias de todo sistema objetivo. El factor subjetivo queda en este tema absolutamente fuera de la cuestión, tanto para imputar como para exonerar responsabilidad, salvo disposición normativa o contractual en contrario.” (“La obligación de seguridad en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal”, Rev. Jur. Delta, págs. 58/9). Al ser así, la prueba de haber obrado con diligencia, es decir sin culpa, no libera a la demandada.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que si se intenta hacer efectiva la responsabilidad contractual del deudor, la prueba de la culpa en principio no es necesaria y basta con demostrar el incumplimiento material en que éste ha incurrido. Por ejemplo, los padres de un menor que sufre un daño dentro del instituto educacional al cual concurre, no tienen por que probar la negligencia o imprudencia de la persona a quien la directora del establecimiento haya encargado en concreto de cuidar a dicho menor; les basta con acreditar que el hijo no fue reintegrado sano y salvo. El instituto educativo debe correr con todo lo necesario para reintegrar al menor en las mismas condiciones en que se lo entregó la madre (conf. CNCiv., Sala D, del 29/8/83, "Israel, Carlos c/Denaro, Graciela y otros", citado por Vázquez Ferreyra, Roberto A. "La obligación de seguridad ..." cit, pág.198).

En el intento de clarificar el problema de las obligaciones de resultado, demuestra Bueres que al estar fuera la culpa y admitirse sólo la eximente de la causa ajena, aparece con evidencia la índole objetiva de la responsabilidad, y la reducida significación de los casos de responsabilidad por culpa (v. "Responsabilidad civil de escribano", Bs As, 1984, págs. 55 y ss.).

Además, aún quienes admiten que la referida obligación de seguridad pueda ser de medios, aceptan que ello ocurre sólo en supuestos excepcionales (v. "VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal", Junín, octubre de 1994, despacho 1-a de la Comisión nº2).

Es que, como lo recuerdan Alterini, Ameal y López Cabana, con cita de Mazeaud, otro factor objetivo de responsabilidad es la garantía, en cuya esfera, es posible que corresponda "reparar un daño sobrevenido por caso fortuito". Agregan que las ideas contemporáneas preconizan, como mecanismo idóneo para posibilitar la realización individual en el contorno social, un criterio solidarista, pues desentenderse de la desgracia ajena, en cambio, traduce egoísmo ("Derecho de las obligaciones civiles y comerciales", Bs As, 1995, págs. 200/1).

Con similar encuadre, Zavala de González señala que la tutela de la parte más débil de la relación, explicitada a través de instituciones diversas en el ámbito negocial, tiene también, como vertiente, la que postula y facilita la reparación de todo daño inmerecido, aunque no haya sido causado antijurídica y culpablemente. Porque la iniquidad no desaparece por razón de las

peculiaridades del proceso que desemboca en ella (“Personas, casos y cosas en el derecho de Daños”, Hammurabi, 1991, pág.48). Stiglitz sostiene que el derecho solidarista de nuestra época exige que la responsabilidad civil se traduzca en un eficaz sistema de garantía o de cobertura, para que los daños sean siempre reparados (“El deber de seguridad...” cit, pág.19).

Modernamente se da por supuesta la existencia de una responsabilidad objetiva en el ámbito de los contratos, superando así la tesis clásica en la materia (v. Bueres, A., “Responsabilidad contractual objetiva”, JA, 1989-II-964; Lorenzetti, R., “La responsabilidad objetiva en la contratación”, en Mosset Iturraspe, Diez Picazo y otros, “Daños”, Bs As, 1991, pág. 84) y, a la vez, hay imputación objetiva cuando la obligación es de resultado. De todas formas, aún quienes no aceptan dicha clasificación de las obligaciones, afirman que cuando hay daños causados por circunstancias ajenas al fin jurídico del contrato, hay imputación objetiva con fundamento en la garantía de seguridad, y algunos tribunales han aplicado el art. 1113 aún en la responsabilidad contractual, cuando el desarrollo de una actividad riesgosa afecta la seguridad de las personas (v. Lorenzetti, ob. cit., pág. 87).

Sucede que el acento de la reparación es más bien de justicia distributiva, antes que conmutativa. En efecto, la complejidad comunitaria y la de sus intrincados mecanismos tecnológicos torna muchas veces imposible en la práctica rastrear conductas y muestra como equitativa la reparación de la incidencia final del daño. Pues la imposición de un deber resarcitorio a quienes tienen algún poder en conexión con el factor determinante del riesgo, no deja luego de proyectarse de un modo u otro, hacia todos los componentes de la comunidad o ciertos de sus sectores. Quien tiene mayor control o influencia sobre una fuente de riesgos, es el que soporta mayores y mejores razones para responder. Quien más puede es el que debe. Encontramos así un punto de acercamiento entre la culpa y el riesgo. Ambos factores de atribución tienen como antecedente un deber de prever y de evitar el daño (Zavala de González, “Personas, casos y cosas...” cit, págs.48/51).

Cabe recordar que la responsabilidad objetiva no se agota en el riesgo creado, pues existen otros factores objetivos de atribución, entre ellos la garantía (conf. Despacho de la comisión 3 del Primer Congreso Internacional de Daños). Al respecto, como sugiere Stiglitz, es útil destacar la importancia de

la figura del “deber de garantía” como mecanismo actuante en el campo jurisdiccional, a los efectos del desarrollo global de una política de los poderes públicos para el control social sobre la actividad económica. Sucede que la objetivación de la responsabilidad, propia de un sistema así sustentado, consiente atribuir al empresario el costo de los riesgos que él crea, y cuya entidad él mismo se encuentra en mejores condiciones para valorar y confrontar con la de otros costos necesarios para prevenir el daño. De otra manera, ese valor de los daños inculpables resulta “externalizado” sobre los consumidores y la empresa deviene pasiva desde el punto de vista social, destruyendo un valor mayor del que produce ( “El deber de seguridad...” cit., pág.19).

Lo expuesto hasta aquí muestra que, por distintos caminos, se arriba siempre a la misma solución, concordante con lo decidido en la anterior instancia: la obligación tácita de indemnidad es de resultado.

Pero, además, hay un aspecto que considero de un importante valor para la apreciación del caso, cuya trascendencia va más allá del ámbito familiar, y al cual todavía no me he referido: en el presente no se trata de cualquier acuerdo de voluntades, no se discute el daño sufrido por el acreedor en sus mercaderías o en su automóvil; se trata de un contrato de enseñanza, oneroso, durante cuya vigencia ocurrió un hecho trágico que le costó la vida al hijo de los actores. Esta circunstancia influye necesariamente en el tratamiento y solución del caso.

Influye en primer término, como elemento para reafirmar que la obligación de seguridad que pesaba sobre la escuela era de resultado. Como señala Sebastián Picasso, puede decirse como regla general, que la obligación será de resultado cuando la consecución de la finalidad esperada por el acreedor se derive normalmente de la actividad comprometida por el deudor, sin que influyan en el logro de ese resultado otros factores de importancia ajenos a la conducta del obligado que, por tal motivo, lo tornen aleatorio. De todos modos, el principal patrón a tener en cuenta para evaluar cuándo se está frente a un deber de medios o de resultado será la voluntad expresa o implícita de las partes, rectamente interpretada (“Obligaciones de medios y de resultado” en Rev. JA del 3/4/96, pág. 21). De manera coincidente, Vázquez Ferreyra entiende que la solución para determinar si la obligación de seguridad es de

medios o de resultado, está en el criterio de lo aleatorio. Si la integridad de la persona del acreedor o de sus bienes es demasiado aleatoria, dependiendo poco de la exclusiva diligencia del deudor, la obligación de seguridad será de medios. Si, en cambio, lo normal es que un mínimo de cuidado o bien el cuidado necesario aunque sea serio es capaz de llevar al resultado esperado, la obligación de seguridad es de resultado. De ahí que lo aleatorio del resultado constituya el criterio de distinción que deberá ser apreciado en cada caso concreto (“La obligación de seguridad ...” cit., págs. 121/122).

En este entendimiento, se ha dicho que difícilmente puede creerse que la finalidad tenida en mira por las partes al contratar resultará satisfecha en lo que atañe a la preservación de la integridad física de los educandos, si el objeto de la obligación se reducía a poner diligencia. ¿Acaso padre alguno admitiría sólo la promesa de “poner diligencia” en el cuidado de la salud y la vida de sus hijos?. Cuando los padres confían sus hijos a instituciones recomendadas para su educación y guarda, sólo una vigilancia activa, eficaz, es lo esperable, pues media en el caso la relación especial de confianza a que se refiere el art. 909, Cód. Civil, así como el deber de impedir que aquéllos se dañen, no pudiendo considerarse que el comportamiento de aquellos cuya vigilancia y educación se les encomienda, sea tenido por imprevisible o inevitable, desde que cuentan para evitarlos con la autoridad que esa calidad les confería (CNCiv., Sala I, “Ibarra Guereño de Atencio, Aurelia c/Parodi Combustibles S.A. y otros” del 25/11/91 en JA, 1993-II,42).

La ley delega en directores de colegio y maestros artesanos una parte de la autoridad suficiente, para mantener a los menores que se encuentran bajo su vigilancia en los límites de circunspección y del deber; y de ahí que queden sometidos a las responsabilidades consiguientes que tal autoridad comporta (conf. Cazeaux, Pedro - Trigo Represas, Félix “Derecho de las obligaciones”, Librería Editora Platense, 1969, 2da. ed., 1ra.reimpresión, 1981, T.4, pág. 562). En la misma línea de pensamiento, Vázquez Ferreyra expone que en los contratos como el de autos, en los cuales generalmente se coloca un menor bajo la guarda de un establecimiento, también se aprecia la existencia de la obligación de seguridad porque no solo se busca que se enseñe al alumno, sino también que se le brinde seguridad mientras permanezca en el establecimiento. Es también de resultado por cuanto lo

normal y ordinario y que los padres han tenido en mira es que el menor sea reintegrado sano y salvo, y si así no fuera, es el establecimiento educacional el que debe demostrar las causales para eximirse de responsabilidad (“La obligación de seguridad ...” cit. págs.198/199).

Personalmente, he manifestado con anterioridad, de manera concordante con un precedente de la Sala B, que mientras el menor se encuentra en el colegio, por haberse desplazado circunstancialmente la guarda material del hijo que ejercen los padres, la vigilancia y cuidado del mismo están a cargo del establecimiento educativo, por intermedio de sus autoridades, especialmente el maestro de grado. Y si se producen perjuicios hay que pensar en la ausencia de vigilancia, justamente en un lugar donde los padres envían a sus hijos para que se los vigile y controle (“Stoppani de Reeves, Haydee N. c/ MCBA s/Ds. y Ps.”, Expte. 140.551 del 7/9/94; “Avilán, Héctor M. y otro c/Quilmes SA. Expreso y otros s/Ds. y Ps.”, Expte. 154.283, del 25/4/95; Sala B, 22/12/76, “Blanco, Manuel y otra c/Consejo Nacional de Educación”, ED 72 662).

En segundo término, el tratarse de un contrato de enseñanza como el de autos, influye también por el significado que la institución escolar tiene tanto desde el punto de vista familiar como social.

Sucedo que la escuela es, junto con la familia, la institución social que mayores repercusiones tiene para el niño, tanto en los fines explícitos que persigue expresados en el currículum académico como en otros no planificados, lo que se ha dado en llamar currículum oculto, la escuela será determinante para el desarrollo cognitivo y social del niño y, por lo tanto, para el curso posterior de su vida. No solo interviene en la transmisión del saber científico culturalmente organizado, sino que influye en todos los aspectos relativos a los procesos de socialización e individualización del niño, como son el desarrollo de las relaciones afectivas, la habilidad para participar en situaciones sociales, la adquisición de destrezas relacionadas con la competencia comunicativa, el desarrollo del rol sexual, de las conductas prosociales y de la propia identidad personal -autoconcepto, autoestima, autonomía- (Jesús Palacios, Alvaro Marchesi, César Coll, “Desarrollo psicológico y educación, Psicología evolutiva. Compilación ”Relaciones

sociales: Familia, escuela, compañeros. Años escolares, Alianza Psicología, Madrid, 1990 8va. reimpresión, 1994, págs. 289/290).

Estos principios no son novedosos, si se considera que hace muchos años Lorenzo Luzuriaga definía a la educación como una actividad que tiene por fin formar, dirigir o desarrollar la vida humana para que esta llegue a su plenitud (Luzuriaga, Lorenzo "Diccionario de pedagogía", Ed. Losada S.A., Bs. As. 1962). Agrega Luis A. Lemus que dentro de las distintas clasificaciones que pueden hacerse de las funciones de la educación, una expresa que existen dos funciones generales dentro de ella una individual y otra social ("Pedagogía. Temas fundamentales", Edit. Kapelusz, 1969, pág.188). Señala también este autor que el problema de las funciones de la educación esta muy relacionado con el de los valores y los fines así como con el concepto y naturaleza de la educación. Según se entienda la educación y según las metas que se proponga alcanzar para la realización de los ideales y valores, así serán también sus funciones. Cada época histórica, cada pueblo o nación, y cada situación social y política tiene conceptos distintos de la vida y del mundo y como consecuencia de la razón y misión del hombre como ser conciente de su mundo y de su vida. Esto determinará también el concepto educativo como medio de realización del hombre para que cumpla plenamente su misión humana. Las funciones y los procedimientos de la educación están condicionados por el conocimiento que se tenga de la naturaleza antropológica del hombre, por sus aspiraciones culturales y por la situación social que le sirve de medio y de estructura educativa (ob. cit., pág.189).

Claro que debe diferenciarse lo concerniente al aspecto formativo con lo vinculado al daño físico. Ninguna escuela podría garantizar en forma absoluta una educación de excelencia, sino tan solo poner los medios a su alcance para lograrlo, pero si está obligada a reintegrar al niño sano y salvo.

Este aspecto social de la educación, más allá del familiar, debe necesariamente ser tenido en cuenta para el dictado de un adecuado pronunciamiento. Frente al daño el juez tiene una misión preventiva que debe ejercitar con responsabilidad social. Se trata de una de las perspectivas de la función judicial, promovidas por el movimiento del "acceso a la justicia": en el marco del proceso debe emerger el compromiso jurisdiccional hacia una evolución jurídica que agilice la satisfacción de las exigencias sociales. La

neutralidad de los magistrados no obsta al despliegue de una actitud humanista y solidaria (Stiglitz, Gabriel A. "Tutela procesal de los intereses difusos y prevención de daños" en JA 1995-IV, 217). Del ordenamiento jurídico como un todo coherente y armónico surge, como consecuencia de la información del proceso concreto- la obligación del juez, en razón de su función, de procurar la prevención del daño a la comunidad, como tutela de bienes superiores, patrimoniales y extrapatrimoniales (Gherzi, Carlos A. "Daños. Reparación Individual. La obligación funcional de prevención social", en LL. 1989-C, 116). Entre las causas sociológicas, la prevención se justifica en la medida en que contribuye a una mentalización tanto a nivel individual como colectivo, con el fin de respetar los bienes y derechos de los demás, abandonando una actitud meramente pasiva para pasar a adoptar una posición activista de solidaridad y cooperación (Vázquez Ferreyra, "Responsabilidad por daños", Depalma, 1993, pág.240).

En el sistema natural y social en que se inserta el hombre, se dan intereses que en principio no pueden conceptuarse como exclusivamente individuales, al afectar a todo un grupo, categoría o clase, como también a la totalidad de una comunidad (Venini, Juan C. "Responsabilidad por daños contractual y extracontractual" editorial Juris, 1994, T. 3, pág.6).

En conclusión, la función del magistrado tiene un alto contenido social, que le impone como señalé, analizar también la trascendencia que para la sociedad puede tener el caso o su temática, junto con todos los demás elementos particulares que lo rodean, de manera de encontrar la medida más correcta posible de la aplicación de la ley. Al juzgar a personas, relaciones jurídicas, hechos, el juez no puede caer en automatismo, ni en mecanización. No debe apoyar toda su misión en una subsunción automática del precepto legal al caso. Ello importaría restringir la propia capacidad de horizonte y aminorar en sustancia la propia misión. A él le atañe convertir la norma estática en fenómeno dinámico, esto es, hacer vivir el derecho y realizar la justicia (Cipriano, Néstor A. "Misión y jerarquía de abogados y jueces", Depalma, 1990, pág. 20 y sus citas)

Es por ello que me parece necesario considerar que en la actualidad un gran número de padres ven disminuidas sus posibilidades de dedicar todo el tiempo que querían a la atención de sus hijos; la actividad laboral necesaria

para el sostenimiento del hogar, obliga a permanecer fuera del hogar muchas horas y muchas veces el empeño en la calidad del tiempo dedicado a los hijos, no conforma a los padres que perciben como decrece su intervención en la educación de sus hijos. Además, a nadie escapa lo difícil de la situación social, política y económica, no sólo de nuestro país, que exige cada día una mayor preparación y capacitación para poder incorporarse al mercado laboral y acceder a niveles de vida razonables. A la par existe una cultura que despersonaliza al hombre, y pretende hacerle creer que el “tener” da la medida del “ser”, lo cual mezclado con otros flagelos que azotan a la sociedad en su conjunto agudiza la preocupación de muchos padres, en especial respecto del futuro de sus hijos.

Además de promover el desarrollo pleno de aquellos, los padres procuran por todos los medios a su alcance dotar a sus hijos de la mayor cantidad de herramientas posibles para que puedan afrontar los tiempos que les toca y tocará vivir. En este marco, la escuela aparece como un apoyo fundamental y un tema central en la planificación y discusión familiar. A muchos de ellos, las propias limitaciones económicas les imponen que el mayor logro, sobre el que centran todos sus esfuerzos, sea que sus hijos puedan concurrir a una escuela pública y concluir sus estudios. Otros, con mejores posibilidades económicas, pueden inscribirlos en colegios privados que, por lo general, les ofrecen mejores condiciones edilicias, mayor seguridad, gabinetes de idiomas y los métodos más modernos de enseñanza. Por supuesto, una gran parte de su promoción está centrada en las mayores posibilidades de desarrollo que ofrece para “los hombres del mañana”. De más está decir que pagar las cuotas que establecen estas escuelas, constituye para muchas familias uno de sus gastos fijos más importantes. Basta observar que el costo promedio de una de ellas se equipara, y en muchos casos supera, el alquiler de un departamento de dos ambientes.

Sea cual fuere el caso, las posibilidades económicas de los padres y la institución escolar de que se trate, lo cierto es que aquellos tienen derecho a que la escuela cumpla de manera adecuada con su función y, de no ser así, responda por el perjuicio que ocasione. Lo expuesto no significa desconocer las dificultades por las que atraviesa el sistema educativo, pero éstas en ningún caso pueden justificar la desatención de un valor supremo y de incalculable

valor para la familia y para la sociedad en su conjunto, cual es la integridad física de los niños.

No puedo dejar de considerar que, en el caso de los establecimientos privados donde, como señalé, el ofrecimiento de mayores y mejores elementos para la formación integral de los niños constituye un fin tenido en cuenta al momento de la celebración del contrato, el deber de arbitrar todos los medios a su alcance debe ser medido de manera más estricta (art. 902 CC.). Cuando previsto el riesgo, y los medios para evitarlo, éstos no han sido empleados, es a fortiori aplicable la regla según la cual cuanto mayor sea la situación de peligro en la que actúa cada sujeto, mayor es el deber de prever y mayor la obligación por las consecuencias posibles (Cám. Fed. La Plata, Sala III, Penal del 8/8/88 en LL, 1989-C-116).

Resultan ilustrativas las palabras de García Hoz, quien señala que el punto de referencia central de toda institución escolar es la actividad del estudiante. En el marco de la educación personalizada lo importante es el trabajo del alumno en cuanto elemento de su perfección personal. Una institución escolar existe precisamente para esto, para que el estudiante trabaje en su propia perfección (...) La actividad educadora es simplemente estímulo, orientación y control de la actividad del alumno ("Educación personalizada" Rialp, Madrid, 7ma. ed.1986, pág. 78/79). Pero sin una adecuada vigilancia, sin orden, no habrá jamás educación, y menos aun una buena educación. El director de un colegio debe comprender la responsabilidad que implica estar al frente de una escuela para evitar no sólo demandas, sino lo principal y es que los menores no sufran daños en los establecimientos de enseñanza, y cuando un docente no puede atender a sus aprendices, el director o vicedirector deben reemplazar al maestro o profesor ausente (conf. Sagarna, Fernando A. "La Responsabilidad civil de los establecimientos escolares por los daños sufridos por los alumnos. Ausencia de vigilancia adecuada y edad del menor", nota a fallo en Rev. ED, del 7/2/96, pág.5).

En el mismo sentido, expresa Sagarna que la vigilancia es el cumplimiento de una obligación legal que se desempeña junto con la educación, favoreciendo en el alumno o aprendiz su adaptación a la sociedad en la cual va a desenvolver su capacidad y conocimientos. ("Responsabilidad civil..." cit, pág.148).

Ahora bien, sin perjuicio de las consideraciones realizadas, como acertadamente ha señalado la sentenciante en su exhaustivo análisis, aún cuando se considerara a la obligación de seguridad como de medios, en el presente caso se arribaría a la misma conclusión. Ello así por cuanto, analizadas las pruebas, puede afirmarse que la accionada no actuó con la diligencia que le era exigible, conforme las condiciones de modo, tiempo y lugar.

¿Cómo sucedieron los hechos?.

El menor Federico Andrés Child, de 8 años de edad al momento del accidente (v.fs.24), concurrió junto con otros 32 compañeros varones al campo de deportes que la entidad escolar posee en la localidad de Maquinista Savio, a fin de efectuar la práctica deportiva semanal. A cargo del grupo se encontraba el Sr. Foster, dependiente de la institución, quién en oportunidad de contestar la demanda afirma que “al descender del colectivo que los transportó, cuando se dirigía al vestuario junto con los alumnos varones, el chofer del vehículo lo llamó porque tres niños se habían quedado arriba del ómnibus haciendo travesuras propias de la edad -en el caso desajustando las lamparitas para lectura y las salidas de aire del interior del micro-, por lo que debió retroceder unos metros para reprenderlos y hacerlos descender. La playa de estacionamiento se encuentra a escasos 15 o 20 metros del vestuario de varones. Los breves minutos que los niños permanecieron solos fueron suficientes para que la fatalidad jugara su peor pasada” (fs.279/280). Más allá de las discrepancias que las partes han planteado, se puede afirmar que mientras estaban los niños en el interior del vestuario Federico Child y posiblemente otros niños, se colgaron de un perchero, el cual en apariencia cae ante el balanceo y lo golpea en la cabeza, ocasionándole la muerte (v. pericia médica fs.706vta.).

Volviendo a lo ocurrido en los momentos previos, el Sr. Foster al prestar declaración ante la instrucción, afirma que cuando ocurrió el accidente, no se encontraba ninguna persona mayor en el vestuario y que él era el único responsable de los menores (fs.20). Por su parte, el Sr. Tomás Fernández, cuidador del campo de deportes, declaró también que no se encontraba en el vestuario cuando ocurrió el hecho y que no había ninguna persona mayor en el mismo (fs.20vta).

A fs.595/598 la testigo Primrose, a cargo de un grupo de niñas, declaró que al llegar descendieron y fue al vestuario con las chicas. Unos 15 minutos después Foster la llamó para pedirle ayuda por el accidente. A fs.607/609 el testigo Jar declara que Foster le relató que cuando llegaron al campo de deportes se demoró en la puerta porque tres alumnos no ingresaban al vestuario. A fs. 624/625 declaró Preiti -conductor del colectivo escolar- que cuando llegaron y bajaron Foster colocó a los niños a un lado del micro y que dos o tres chicos se quedaron arriba, entonces llamó al profesor y le avisó porque estaban haciendo travesuras y era un compromiso para él; en ese momento, otros chicos fueron a avisarle que un niño se había golpeado.

Lo expuesto permite afirmar que durante cerca de 10 minutos, mas o menos 30 chicos de 8 años se encontraban en un vestuario de un lugar distinto de la escuela, sin que ninguna persona mayor los acompañara. Esta circunstancia de por sí demuestra negligencia en la atención de los pequeños confiados a la institución.

Como manifesté en un caso anterior, la responsabilidad de los maestros a cuyo cargo inmediato se hallan los alumnos por la custodia de éstos, encuentra un mayor justificativo en el caso del desplazamiento de estudiantes fuera del recinto donde extienden su control las autoridades de la escuela. No hay que olvidar que la influencia moral o anímica de la sola presencia del maestro puede imponer compostura a su pupilo, inhibiendo o morigerando la conducta indisciplinada, y en tal medida evitarse un acto imprudente (“Avilán, Héctor M. y otro c/Quilmes SA. Expreso y otros s/Ds. y Ps.”, Expte. 154.283, del 25/4/95).

En este mismo sentido se expresó que pesa sobre el establecimiento escolar un deber de seguridad, el que hace necesario un control estricto por parte del docente en los lugares en que están los niños de modo que la presencia del mismo constituya un llamado de atención para quien hiciere algo inoportuno. Es que tratándose de niños de ocho años, sin responsabilidad legal (art.921) por carencia de discernimiento, no bastaban recomendaciones de “prudencia”. Justamente su carencia de discernimiento obligaba a los guardianes a extremar las medidas para protegerlos de riesgos, por lo que, acontecido el daño, aun cuando hubiera podido contribuir la propia distracción de la víctima, habrá de responsabilizarse a la demandada (conf. CyCom. San

Nicolás, “Rossi, José R. c/Prov. de Bs. As. -Dir. de Escuelas-, del 22/3/94 en Rev. JA del 15/2/95, pág. 67). De ahí que las exhortaciones y advertencias hechas a menores que por su corta edad carecen de discernimiento, no liberan de responsabilidad a la entidad a quienes los padres de aquéllos habían confiado su guarda y seguridad (CNCiv., Sala F, “Cossi, Luis A. c/ Colegio Parroquial San Roque”, del 18/4/68 en LL, 134, 140).

En definitiva, como bien ha señalado la Sala A de este tribunal en un anterior pronunciamiento, la responsabilidad que cabe al guardador del niño es tanto más intensa cuanto menor es la edad de la criatura resultando, en consecuencia, inexcusable esa responsabilidad con respecto a los niños menores de 10 años ya que según el criterio de la ley, la culpa de ello está manifestada o patentizada en la sola realización del hecho dañoso (“Viotti, Osvaldo P. y otros c/Oliver, Carlos M. y/u otros”, del 3/3/72, en LL.147,123 y en ED, 42,352).

Frente a los hechos reseñados, admitidos por las partes, la apelante considera que no ha existido culpa de su parte. Para ello se basa en el conocimiento que los padres tenían acerca, tanto del sistema disciplinario del colegio como de las instalaciones del campo de deportes; si lo consideraban inadecuado o peligroso no debieron inscribirlo. Afirma también que un profesor garantiza el debido cuidado de 32 alumnos, sin que ninguna norma establezca lo contrario, no resultando de aplicación al caso la Comunicación 1/82 de la Dirección de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires. Para terminar, argumenta que la jueza no consideró la responsabilidad de los padres del niño, quienes no advirtieron a la institución que su hijo era inquieto y travieso.

Sin perjuicio de señalar que luego de analizar atentamente las quejas enunciadas, entiendo que las razones expuestas en modo alguno tienen entidad suficiente para conmovir los sólidos fundamentos del decisorio de primera instancia, en atención a la naturaleza de las mismas y las especiales características del caso y del tema en cuestión, me siento en la obligación de realizar algunas consideraciones adicionales.

En primer lugar, el conocimiento que los padres tuvieron acerca del modelo educativo de la institución, es obvio que en ningún caso implicaba aceptar que el mismo pudiera resultar dañoso. Como expresan Agogliá,

Boragina y Meza:"Nadie ingresa a un contrato como acreedor admitiendo la posibilidad de recibir un perjuicio con motivo de la ejecución de la prestación principal planificada, sino todo lo contrario. Nadie se compromete como deudor a prestar la conducta estructurada, sin que esté ínsito que la misma no puede constituirse en fuente de conocimiento adicional. Independientemente de las calidades de la prestación principal planificada, nos hallamos en presencia de un segundo interés invariable del acreedor -no recibir daño adicional al culminar el negocio- y de otra conducta también uniformemente planificada respecto del deudor, la de no generarlo durante el desarrollo efectivo de la referida actividad principal." ("La obligación de seguridad en las VI Jornadas ... " cit.).

Señala la apelante que el sistema de disciplina de la escuela propicia una ámbito de mayor libertad para que los hombres del mañana no necesiten estar insertados en regímenes autoritarios para obrar, posición acorde con los postulados de la moderna pedagogía (fs.939).

De más está decir que en ninguna parte del Estatuto de la escuela ni de su Reglamento Interno (fs.299/309 y fs.354/379) se dice que los padres deban aceptar que la aplicación de la "moderna pedagogía" incluya descuidar a los niños y que frente a ello la escuela deslinda su responsabilidad, lo cual es natural ya que si así fuera muy difícilmente alguien inscribiera a su hijo.

Además, no comparto que de acuerdo a la moderna pedagogía, promover mayor libertad sea sinónimo de descuidar. Por el contrario, si bien no de caerse en el autoritarismo, debe procurarse el respeto y el sentido de responsabilidad en el educando

En la misma línea, García de la Hoz expone que si la educación personalizada pretende preparar al niño para que éste sepa reaccionar ante cualquier situación de su vida, tendrá que contemplar todas las situaciones y hechos de la vida escolar, o de la vida social acerca de los que pueda deliberarse. En lo que se refiere a la institución escolar, no hay que olvidar que la educación personalizada persigue el autogobierno de los escolares. Medidas relativas a la promoción y refuerzo de la capacidad de iniciativa de los alumnos, contribuirán al despliegue de la autonomía personal. En el ejercicio de la libertad radica el principio y fin de la educación; vivir humanamente es vivir con libertad y la vida del ser humano, más que simple reacción viene a ser fruto de

la iniciativa personal (“Tratado de educación Personalizada. La educación en el nivel primario”, Madrid, Arialp, S.A., 1993 pág. 135).

Este último párrafo transcrito, pareciera reflejar el espíritu que afirman los apelantes, anima el funcionamiento de la institución, y que emerge también de su estatuto según las constancias de autos. Considero muy loable que este sea el pensamiento de la institución, y creo que los padres del menor acordaron con esta manera de entender la educación. Lo que sucede es que la apelante plantea sólo una parte de la cuestión y omite considerar cuales son los mecanismos para llevar adelante estos principios, que también han sido postulados por la moderna pedagogía.

Sobre ese aspecto, el autor citado, señala también que durante los años de escolaridad elemental, el niño no ha alcanzado evidentemente su madurez intelectual y ética. En esta época de la vida el ejercicio de la autoridad por parte de los adultos resulta imprescindible. Bien entendida, la autoridad, fundada en la fuerza moral y en el ejemplo, es perfectamente compatible con la existencia de actitudes y convicciones en el niño, y con el respeto exigido a su dignidad como persona. La afirmación de la autonomía responsable del niño, difícilmente acabará siendo plena, cuando no confundida con lo arbitrario, si no aprecian los adultos cercanos, padres y maestros una verdadera autoridad, apoyada en una conducta ejemplar y en una genuina superioridad moral. Por su inequívoco vínculo con la “conciencia moral”, con lo profundo e íntimo de la persona, la atención a modelos educativos en los que se considere la autoridad personal en la relación educativa, junto a la equilibrada importancia de la efectividad, adquieren una gran relevancia. Conforme el niño vaya adquiriendo la integridad precisa para autoafirmarse, para conocer y valorar adecuadamente las distintas situaciones y afrontarlas con responsabilidad y dignidad, la autoridad de padres y maestros dejará de ser necesaria e indispensable. Ni la indiferencia, ni la inhibición, ni el autoritarismo ayudan a conformar la capacidad y autonomía personal del niño, la cual se forja desde la autoridad ( ob. cit., págs.134/135).

Lo expresado, demuestra a las claras que la educación, antes y ahora, no se encuentra divorciada de la autoridad, la disciplina y el control de los alumnos. Por el contrario, lo que aumenta es la responsabilidad de los educadores que no se limitan a actuar como guardianes, sino que deben

paulatinamente lograr que el niño actúe con libertad y responsabilidad, pero siempre en atención a su edad y situación personal.

Señalan también que: “si una sola persona resulta insuficiente para cuidar a 32 varones de 8 años de edad, ¿dos personas lo son? ¿O tal vez se necesiten tres...?. Sin lugar a dudas se trata de un criterio totalmente subjetivo y de una conclusión a posteriori de ocurridos los hechos” (fs.939vta.).

Es cierto que la conclusión es posterior a los hechos. Pero éstos son objetivos, y demuestran que en la emergencia, la persona asignada para el cuidado de los chicos era materialmente incapaz de atenderlos de manera adecuada.

La aplicación o no al caso de la comunicación nº 1/82 de la Dirección de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires (v. fs.666/669), respecto de las Lecciones-Paseo que establece que por cada doce alumnos debe designarse un docente, no resulta para nada determinante en la solución del caso. De todos modos, la misma no deja de mostrar una pauta respecto de cómo atender adecuadamente a los niños cuando se encuentran fuera de la escuela.

En este sentido, en un trabajo realizado en España, Wass plantea que para actuar con eficacia y seguridad lejos de la escuela, el número máximo absoluto tiene que ser de un adulto cada diez niños, aunque de ser posible es mejor contar con una proporción inferior, por ejemplo de seis alumnos por cada profesor (“Salida escolar y trabajo de campo en la escuela primaria” Ediciones Morata S.A., 1992, pág.50).

Resulta ilustrativo el testimonio de la docente Primrose a cargo de las niñas cuando manifiesta que desde hacía dos años había aconsejado a Foster la adopción de medidas relativas a la seguridad y custodia de los niños en el campo de deportes (fs.890vta.). De hecho, con posterioridad al accidente, la testigo señala que dos personas acompañan a los niños.

De todas maneras, la cuestión no radica en establecer matemáticamente cuántas personas son necesarias para cuidar a los chicos. Pueden ser dos, tres, o siete; lo importante es que la cantidad de personal afectada a esa tarea sea suficiente para poder actuar con rapidez y diligencia para evitar sucesos lamentables e irreparables como el de autos, máxime cuando se está fuera del ámbito de la escuela, con niños de 8 años de edad.

Nótese que la propia apelante reconoce en su expresión de agravios que el menor concurrió a "... un campo de deportes que, de por sí, presenta mayores riesgos que las aulas del colegio" (fs.944).

Finalmente, la apelante sostiene que la juez no consideró la responsabilidad de los padres del niño que no advirtieron a la institución que era inquieto y travieso. En su apoyo señalan el testimonio de Liliana O. Rodríguez de Diez -directora de jardín de infantes del colegio San Marcos- quién declaró haberse comunicado con la directora del colegio San Lucas, de donde procedía el menor Federico, y que ésta le contó que advirtió a los padres acerca de la falta de conciencia o límites del menor. Tampoco ponderó la sentenciante que hacía apenas dos meses que el niño había ingresado al Colegio.

Llama poderosamente la atención este planteo frente a la forma en que sucedió este hecho tan lamentable y doloroso. Tratándose de un niño de 8 años, que con otros compañeros se habría colgado de un perchero, en el interior de un vestuario ubicado en un campo de deportes alejado de la escuela y en compañía de otros 30 varones, sin ningún responsable presente, cuestionar la personalidad del niño y la conducta de sus padres constituye una estrategia que provoca serios reparos. Sin duda admitir argumentos de esta naturaleza, importaría poco menos que conceder una especie de bill de indemnidad a los encargados de la escuela, verdaderos responsables de lo ocurrido.

De ningún modo la conducta desplegada por el menor tuvo características excepcionales, en relación con lo que era esperable en las condiciones de tiempo, modo y lugar; incluso existen elementos que permiten considerar que no habría sido el único que se hamacó. Prueba de ello es el testimonio de Primrose quien escuchó decir a los niños que se estaban hamacando cuando el banco cayo, y que no sabe cuantos eran pero sí que entre ellos estaba Federico (fs.597). Esta testigo aclara que le comentaron algunos niños que estaban en el vestuario, como así también niños de otros grados que solían hamacarse en el banco (el subrayado me pertenece). También el de la testigo Rojo, quien declara que su hijo le contó que al entrar al vestuario vio a dos niños tomados de un hierro en el que se cuelgan las perchas. Sintió un ruido fuerte, se asustó y salió corriendo (fs.636/638). Dicha

testigo también afirmó que por comentarios de su hijo supo que otro niño de nombre Osvaldo Ruiz se hamacaba en otro banco (fs.638). Finalmente, Tomás Fernández declaró ante la instrucción que por comentarios de los chicos que estaban en el lugar, mientras se encontraban en el vestuario jugando se vino abajo el banco (fs.2 causa penal)

Además, el propio sentido común parece indicar que en las circunstancias del caso, la actitud del o los menores no puede considerarse excepcional. Como señala la testigo Graciela Breglia a fs.619vta., existen cosas básicas en la profesión; una de ellas es que nunca hay que dejar solos a los alumnos, quién agrega a fs. 621 vta., que obviamente siempre que se trabaja con chicos debe haber un responsable.

Sin perjuicio de ello, considero prudente corroborar estos conceptos, con la opinión de un especialista en la materia. Arnold Gessell, expresa al referirse a los niños de 8 años que tres rasgos caracterizan la dinámica de su conducta: velocidad, expansividad, valoratividad) (...) Hay una nueva vena de curiosidad activa, una careciente energía y una cierta robustez que difiere de la idílica dulzura de la primera niñez (...) Es más afecto a los juegos bruscos y desordenados y a los pasatiempos bullangueros; su ritmo psicomotor se ha apresurado, quiere hablar, leer, escribir y practicar sus lecciones a velocidad máxima. Engulle su comida a toda prisa sentado en el borde de la silla, listo para precipitarse fuera del comedor sin levantarse las medias ni arreglarse la camisa que sale fuera del pantalón. Puede agregar algo de jactancia a su apresurado comportamiento para acentuar su tenacidad masculina ("Psicología evolutiva", Vol III, El niño de 5 a 10 años, Paidós, 1956, pág.155/156).

Respecto de sus características motrices, señala este autor que el menor de ocho años está en continua actividad, corre, salta, lucha persigue a otro niño (...) valor y atrevimiento son características del niño a esta edad trepando árboles, haciendo equilibrio sobre el borde de las cercas, aumenta su fuerza. Quizá exprese verbalmente sus temores y necesite algún aliento, pero cumple la hazaña hasta llevarla a término (...) muestra una mayor disposición hacia el aprendizaje de técnicas nuevas pero es tan espontáneo que con frecuencia hace las cosas según su propio criterio después de haber ensayado hacerlas tal como se le enseñan (...) Hay un incremento de velocidad y de fluidez en las operaciones motrices finas (ob. cit., pág.162).

Finalmente expresa que el niño de ocho años reboza impaciencia, especialmente consigo mismo y quiere que las cosas se hagan enseguida. “No puede esperar” es una frase que repite de continuo. Puede referirse a una fiesta que tendrá lugar la semana próxima; a las vacaciones siguientes o a la época en que él estará en condiciones de ingresar a la universidad. Entra y sale constantemente de la casa. Es tan livel, tan incapaz de mantener sus propios intereses que plantea a la madre exigencias incesantes. Ella se queja “me obsesiona”; el niño necesita frecuentemente la atención completa de alguna persona, necesita ayuda para atenerse mejor a una tarea, y necesita apoyo en forma de elogio y aliento (...) Dado que de hecho exige la completa atención de la madre, conviene que ésta cuente con un bien definido y programado período de descanso en su relación con el niño. La escuela desempeña un papel de importancia en este descanso. Las nuevas experiencias escolares le absorben ávidamente y ayudan a ampliar el panorama del niño de ocho años. La competencia con otros niños es espontánea y ayuda a mantener al niño dedicado a una tarea. Si bien se muestra imperioso en algunas situaciones, también puede bajo supervisión utilizar este mismo impulso de dominación para ayudar a otros niños (ob. cit., págs. 167/168).

Me he permitido transcribir estos párrafos, porque provienen de una autoridad en materia de psicología evolutiva, que permite corroborar aquello que el propio sentido común parecía indicar. Este autor muestra de manera muy gráfica el comportamiento que es esperable en un niño de 8 años y corrobora que la conducta desplegada no resultó para nada excepcional, razón por la cual los responsables de la institución han sido negligentes en la atención de los niños y por ello deben hacerse cargo de las consecuencias que han generado.

De todas maneras he señalado anteriormente que las circunstancias de las personas, del tiempo y el lugar (art.512 CC), aconsejan en muchos casos a las docentes extremar la diligencia en el cuidado de los menores, más aún si entre ellos uno o algunos eran más traviesos o inquietos que lo común. En tal marco, resultaba mayor el deber de obrar con precaución y cuidado, con el proporcional incremento de la responsabilidad resultante de las consecuencias

daños producidas (conf. art.902 CC.; mi voto en “Avilán, Héctor M. y otro c/Quilmes SA. Expreso y otros s/Ds. y Ps.”, Expte. 154.283, del 25/4/95).

Con relación al tiempo transcurrido desde que el menor había ingresado al Colegio. No parece que pueda considerarse un motivo atendible, salvo que se pretenda imponer en la educación un sistema escalonado, similar al de algunas medicinas prepagas, donde la cobertura aumenta progresivamente a medida que transcurren los meses. Esta circunstancia, que además no estaba contemplada en el contrato de enseñanza celebrado, resultaría contraria a la excelsa función de la educación y la magnitud de los bienes jurídicos en juego.

Sucede que, como he señalado, los directores de colegios, los maestros artesanos y los docentes en general ejercen cotidianamente su labor educativa impartiendo lecciones no sólo de estudio sino también de vida; por eso su trabajo debe ser considerado como ejemplar. Trabajar enseñando es una tarea difícil de llevar a cabo pero cuando se la realiza debe colocarse todo el esmero posible para hacer de la profesión una máxima de vida. Al realizar dicha tarea, el docente debe (deber-obligación) extremar sus aptitudes y ejercer su empleo con excelsitud. Ese compromiso es de una alteza inigualable. La vigilancia sobre sus estudiantes debe ser cuidadosa y apreciarse con menos estrictez cuando éstos poseen la comprensión de los actos y son de edad avanzada. Debe observarse que es necesario colocar una atención mayor sobre aquellos educandos que carecen de discernimiento, sea por ser menores de diez años o por su salud mental (Sagarna, Fernando Alfredo, “La responsabilidad civil ...” cit., pág.147).

En consecuencia, si mi opinión es compartida corresponde que se rechacen los agravios y se confirme el decisorio en este aspecto.

## II. DAÑO MATERIAL

La actora cuestiona las sumas indemnizatorias de \$50.000 y de \$200.000 otorgadas en concepto de pérdida de chance y daño moral respectivamente, por considerarlas insuficientes en función de los padecimientos sufridos por la familia, la grave negligencia cometida por la demandada y su reconocida solvencia. La institución escolar codemandada sostiene en su expresión de agravios, que en virtud de la naturaleza contractual del vínculo entre las partes y la inexistencia de dolo de su parte, no

corresponde otorgar indemnización alguna para lo cual se funda en los arts.521 y 522 del CC.; subsidiariamente solicita la reducción de las sumas acordadas.

Considero que resulta conveniente, en función de los agravios expresados por las partes, realizar primero algunas consideraciones generales vinculadas a la reparación por incumplimiento contractual, para luego abordar cada uno de los rubros indemnizatorios en particular.

Sostiene el recurrente que la sentencia ha extendido la indemnización a la pérdida de chance, lo cual no puede tener cabida en la extensión de la responsabilidad contractual cuando su conducta no fue maliciosa, a tenor de lo dispuesto por el art. 520 del Código Civil.

Aún cuando se acepte que la pérdida de chance es una consecuencia mediata, lo cierto es que el art. citado se refiere a supuestos en los que el comportamiento del deudor fue culposo, mientras que -según se expuso en las consideraciones precedentes- en el presente caso se trata de responsabilidad contractual objetiva, en la que la culpa o falta de ella es indiferente. Como señala Compagnucci de Caso, el sistema objetivo no distingue entre daños previstos o imprevistos, directos o indirectos, el deudor debe afrontar todos los que tengan relación causal con el hecho: el único límite lo marca la relación de causalidad ("Responsabilidad civil y relación de causalidad", p. 191). En la responsabilidad objetiva la extensión del resarcimiento puede llegar hasta las consecuencias mediatas (arts. 903 y 904; conf. Garrido-Andorno, "El art. 1113 del Código Civil", p. 501; Goldenberg, I., "La extensión del resarcimiento", en Estudios de Derecho Civil en homenaje al Dr L. Moisset de Espanés", p.495 y ss.).

En esta línea de ideas, expresan Agoglia, Boragina y Meza que dentro del concepto de daño resarcible derivado de incumplimiento contractual, no está sólo abarcado el que afecta al objeto específico del negocio, sino también los mayores daños derivados de dicho incumplimiento, que se encuentren en relación causal adecuada ("Responsabilidad por incumplimiento contractual", p. 176). Se trata de la consecuencia -muy bien explicada por dichos autores- de separar al deber de seguridad de la obligación principal, de asignarle un objeto diferente, el cual consiste en no ocasionar un daño al acreedor, de modo que la indemnización "se dirige complementariamente a proteger intereses asentados

sobre bienes que están fuera de la órbita resarcitoria derivada del incumplimiento de la obligación principal planificada" (ob. cit.p.179).

Si bien es cierto que al no encontrarse regulado el régimen de imputación de consecuencias aplicable a la responsabilidad contractual objetiva, cierta doctrina y jurisprudencia se han inclinado por la aplicación de la directiva emanada del art. 520 (v. Bueres, A., "La unidad sistemática del resarcimiento de daños", Rev. del Foro de Cuyo, nº4, p. 10), no comparto tal postura partiendo de la base que dicha norma encierra una limitación, y como tal debe ser de aplicación restrictiva, máxime cuando los principios generales que gobiernan a la responsabilidad civil se orientan hacia la reparación integral del daño, principio que, como ha resuelto la Corte Suprema, tiene base constitucional ("P.F.F. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", 24/8/95, LL, 18/10/95).

Enfocada la cuestión desde otro punto de vista, también se ha sostenido que el art. 520 debe ser interpretado en armonía con lo dispuesto por los arts. 511 y 519, de modo que la referencia a las consecuencias "inmediatas y necesarias" que trae el primero no sería óbice para que en materia contractual sea indemnizable "todo daño previsible" (Zannoni, E., "El daño en la responsabilidad civil", ps. 66/7).

Asimismo, hay que afirmar que en un orden general, aun cuando sin intención de dañar, efectivamente se produce el fracaso del contrato y en definitiva se ocasionan daños al acreedor, es indudable que el perjudicado tendrá acción de indemnización y que ese resarcimiento en lo que hace a su extensión o medida, no dejará de ser integral, de una plenitud igual a la que la ejecución del contrato, con su equilibrio en las prestaciones puestas en cambio, hubiera, lógica y jurídicamente, representado para el acreedor. Una pauta de equilibrio, de justicia conmutativa, que contempla la común situación de deudor y acreedor, ha alertado a los juristas y a los jueces de la necesidad de no enrolarse en ninguna tesis extrema que pueda llevarlos, a la postre, a resultados disvaliosos (Morello, Augusto M. "Indemnización del daño contractual", Abeledo Perrot, 1967, T.1, pág.182).

Lo expuesto, explica de manera muy clara, un principio que parece básico: el incumplimiento de una obligación, independientemente de que se produzca por dolo o culpa, genera una obligación de reparar el perjuicio

producido; y en función de este principio de justicia, es necesario que los jueces eviten la aplicación de posturas extremas que puedan llevarlos a resultados como el que la codemandada pretende en este caso.

En el caso, la apelante plantea algo así como: “además de que no existe negligencia en dejar a 30 varones de 8 años solos, dentro del vestuario de un campo de deportes, sin la presencia de un mayor, si el juez no lo considera así, como la obligación era de naturaleza contractual, no debo abonar ninguna indemnización a los padres del menor, que una mañana lo trajeron a la escuela para que estudie, se forme y comparta con otros chicos y a la tarde tuvieron que retirarlo de la morgue porque un banco del vestuario se vino abajo y lo mató”. Permitir un resultado como éste, resulta a mi criterio escandaloso y totalmente inaceptable.

Como enseña Morello se ha buscado afanosamente un fundamento comunicante a través del cual el límite y la medida de la responsabilidad aparezcan justificados. Porque daño y previsibilidad han de articularse como delicados mecanismos sobre los que gire el ámbito de la responsabilidad. En tren de arribar con éxito a esa empresa, las opiniones han venido a coincidir en un criterio que se estima como el más seguro: el de la causalidad adecuada. Lo explica Orgaz al decirnos que el daño indemnizable es el que se halla en conexión causal adecuada con el acto del responsable y ha sido determinado o producido por ese acto. Es en ese sentido que se dice que el daño debe ser consecuencia necesaria del incumplimiento culposo o doloso del deudor convencional; no porque deba resultar fatalmente sino porque reconoce como causa probable a uno u otro; que verosímilmente ha sido determinado por éstos. El daño, en suma, no se ha producido espontáneamente, sino por el hecho del responsable, por una cierta probabilidad (citado por Morello, en ob. cit. págs.183/184).

El principio de causalidad desde el punto de vista jurídico tiene una significación diferente a la causalidad material; es de un orden más preciso en lo que hace a la apreciación de la conducta recíproca entre los hombres, en cuanto va unida a la imputabilidad, es decir, a la conexión de cierta conducta injusta con una consecuencia ilícita (conf. Jaime Santos Briz, "Derecho de daños", página 213). La demostración práctica o científica de la eficiencia de la causa respecto de un resultado natural, no basta para la adjudicación de la

sanción jurídica. En efecto, demostrada la relación causal material, corresponde al derecho establecer si al agente del hecho antecedente, eficiente del consecuente, le cabe o no, en términos de justicia, una responsabilidad (conf. C.N.Civ., Sala "C", mayo 8-1984, "in re" "Fiorentino de Capella, A. c/ Bello, J. s/ Daños y Perjuicios", La Ley, tomo 1984-D, página 327).-

Expone Jorge J. Llambías, a quién la codemandada cita pero aislando las palabras del jurista de su contexto, que "el derecho no se satisface con una pura relación de causalidad material, puesto que no es una física de las acciones humanas. Aun averiguando que tal hecho debe aceptarse como causa de tal efecto dañoso, esto solo no basta para concluir que el autor de aquel hecho tenga que afrontar la reparación del daño producido. Antes de ello, el derecho se preguntará si es justo que así sea, pues todas las conclusiones a que él llega están contempladas bajo el prisma de la justicia. De ahí que, según la índole del hecho originario del daño, y especialmente de acuerdo al reproche o censura que merezca la conducta en cuestión, será menester dilatar o restringir aquella relación de causalidad material, para que resulten o no comprendidas en ella tales o cuales consecuencias del hecho originario. De este ajuste o corrección bajo el prisma de la justicia, del nexo de causalidad material, surge la causalidad jurídica, es decir, la que el derecho computa a los fines de la pertinente responsabilidad. Es esa causalidad jurídica la que definirá la extensión del resarcimiento a cargo del responsable, que será diferente según que el hecho determinante de la responsabilidad sea el incumplimiento de una obligación o la comisión de un hecho ilícito, y según que el agente, en una u otra situación, haya obrado con dolo o con mera culpa (conf., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", Tomo I, páginas 365/357).

No debe olvidarse que, si solo jugara una pura relación de causalidad material, es claro que siempre el daño resarcible sería el mismo en todas las situaciones, a saber, el que fuese causado por el hecho determinante de la responsabilidad. Pero no es así, según lo prueban meridianamente los artículos 520, 521, 901, 902, 903, 904, 905 y 906 del Código Civil. Esto, reitero, habla de una corrección o rectificación en el orden jurídico, de la relación de causalidad, para comprender o dejar fuera de ella, ciertas consecuencias, pero según los

dictados de la justicia, que nada tienen que ver con la interpretación pretendida por los recurrentes.

Expone también Llambías, que la teoría y los textos legales asumen la circunstancia de que los hechos humanos se expanden en el ámbito social de un modo variado y complejo, al entrelazarse con otros hechos y acontecimientos que, a su vez, son consecuencia de sucesos anteriores. La realidad social no es simple y los hechos se interfieren recíprocamente, oscureciéndose y haciéndose borrosa la vinculación causal con el daño. El hecho originario, al conectarse con otros, produce consecuencias diferentes a las que primariamente le habrían correspondido, pasando el segundo a ser concausa de las nuevas derivaciones (conf. "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", tomo I, § 282 página 367). A veces, las consecuencias se van encadenando en el tiempo sin término. Guillermo A. Borda las ha comparado con la caída de una piedra en el agua, la que produce ondas que se van extendiendo más y más, hasta perderse casi en el infinito (conf. "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", tomo I, § 139, página 123). Cabe entonces cuestionar hasta dónde habrá de responder la persona por sus actos voluntarios o cuáles son las consecuencias dañosas que corresponde atribuirle.-

En este sentido, la mirada de los jueces se ha ido deteniendo con preferencia en la situación real seguida al acreedor a consecuencia del incumplimiento. Es el daño, el perjuicio, la lesión del interés contractual frustrado el que debe merecer protección. Y esta protección, en derecho, debe ser lo suficientemente robusta, como para restaurar al máximo el sobredicho interés contractual, la violación del contrato, el restablecimiento del equilibrio, el recomponer o reponer la ecuación económica del negocio determina, pues, que la tutela se le brinde al acreedor, como regla, sin retaceos. Plenamente, de un modo integral (Morello, Augusto M. ob. cit.,pág. 187).

De ahí que, más allá de la gradación de las consecuencias y consecuente extensión del resarcimiento que fija el Código Civil, la práctica tribunálica demuestra una unificación de la materia a la luz del nexo de causalidad adecuada y prescindiendo de otras cuestiones abstractas (Vázquez Ferreyra, "Responsabilidad por daños" cit, pág. 80).

Sobre la base de estos principios es que corresponde ahora analizar la procedencia y monto de los rubros indemnizatorios otorgados.

"El daño emergente en la indemnización por la pérdida de la vida de un menor, intenta resarcir el daño futuro y cierto que corresponde a la esperanza de contenido económico que constituye la vida del hijo muerto; tal resarcimiento no cabe a título de lucro cesante, sino como pérdida de chance o posibilidad en el futuro que, de vivir el menor, se hubiera concretado en la ayuda destinada al hogar común y posteriormente al sostén económico en la vejez de sus progenitores." (CNCiv., Sala "L", 29/11/993, in re "Carballo Rivas, Juan C. y otro c/ Empresa Ferrocarriles Metropolitanos SA.", v. Diario LL, 18/10/994, Jurisprudencia Agrupada, # 6, nº 17).

Según expuse en otras oportunidades, la interrupción de una vida humana como consecuencia de un hecho ilícito, resulta sin duda una pérdida digna de reconocimiento, en cuanto tal ("Avilán, Héctor M. y otro c/ Quilmes SA. Expreso y otros s/ Ds. y Ps.", "Bianchi", Carlos Juan c/Servidio, Osvaldo F. s/sumario" y "Dopaso, Diego A. c/Servidio, Osvaldo F.s/sumario"expte. nº 154.283 del y "Ruiz Diaz, Martin c/Servicios Eléctricos de Bs As s/daños y perj". Exp. 162.185 septiembre del año 1995).

El punto es complejo y de gran trascendencia, por la nobleza y dignidad excelsas del bien jurídico del que se trata, y ha generado discusiones diversas. Suele encuadrarse el tratamiento del rubro titulándolo como "Valor Vida", lo cual de por sí da pie a errores interpretativos. Adelanto que lo considero incorrecto, pues de lo que se trata no es de valorar la vida misma -cuyo valor es incalculable, irreductible a una expresión pecuniaria-, sino de resarcir el daño que la supresión de la vida genera indirectamente a otro sujeto.

La muerte constituye un hecho virtualmente irreparable, pues la pérdida de la vida humana -subrayo, de cualquier hombre o mujer en tanto ser humano, de toda edad o condición, en un pie de igualdad esencial (conf. art. 16 CN)- trasciende lo meramente económico o productivo, y resulta valorable en esencia, por lo que es, independientemente de lo que tiene o puede generar materialmente.

Aclarado ello, aquél daño, que conforme a la clasificación de nuestro ordenamiento jurídico puede ser material o moral, es la base de la resarcibilidad del fallecimiento de la persona, pues sin daño no puede haber

reparación. Nuestro Código Civil, al delimitar el concepto de daño, expresa que el mismo existe siempre que se cause a alguien un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, ya sea en las cosas de su dominio o posesión, en su persona, en sus derechos o en sus facultades (conf. arts. 1068 y 1078 CC).

Con base en tal encuadre, la jurisprudencia ha precisado, en punto a la indemnizabilidad de esta particular especie de daño material, que "...ese valor debe vincularse con la significación que esa pérdida tiene para los damnificados, es decir, con las consecuencias que sobre otros patrimonios puede causar la extinción de la actividad del difunto como fuente productora de recursos. ...no se presume en términos genéricos o abstractos, sino sólo en concreto respecto de los damnificados a los que se refiere el art. 1084 CC., a quienes se reputa perjudicados por la privación de alimentos." (CNCom., Sala "C", 20/08/993, in re "Nisembaum, Isaac J. y otra c/ Instituto Nac. de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados").

Al respecto resalta Roberto A. Vázquez Ferreyra ("Valor vida y daño moral. Mala praxis y responsabilidad civil de las obras sociales", Diario LL, 11/10/994, con cita de Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi, vol. 122, en cita a pie de p. 523) que "...cuando una persona muere y los familiares reclaman indemnización por dicha muerte, estos lo hacen jure proprio y no jure hereditatis..." y cita al segundo de los autores mencionados, cuando sostiene que "...dicho suceso (la muerte) sea que provenga de una infracción contractual o de un acto ilícito aquiliano no crea ningún crédito en cabeza del causante susceptible de transmitirse a sus herederos por derecho de herencia. Por tanto ...reclamarán en forma personal, como damnificados indirectos...".

Agrega luego el primero de los nombrados, en la misma fuente citada, que "...lo que se indemniza a los familiares del difunto no es la propia vida perdida, sino las consecuencias patrimoniales que el deceso ha ocasionado a esos terceros...la indemnización que se conceda debe guardar estrecha relación con el daño efectivamente sufrido...analizado en concreto pues...el perjuicio es la medida de la indemnización"; con lo cual, contrariamente a lo que pretenden los actores en su agravio, la solvencia económica de la demandada no puede constituir un argumento para establecer su monto ni, como consecuencia, para justificar su elevación en esta instancia.

Nociones que comparten Mosset Iturraspe-Kemelmajer de Carlucci-Gherzi-Stiglitz-Parellada-Echevesti, en "Responsabilidad Civil" Ed. Hammurabi, Bs. As., 1992, pág.. 265, b).

Con similar encuadre, Matilde Zavala de González ("Resarcimiento de Daños", Daños a las personas, Hammurabi, Bs. As., 1993, pág. 27) señala que los sujetos diferentes del extinto, sobre quienes pueda repercutir el fallecimiento de éste, no pueden reclamar "todo" lo que la vida mutilada representaba, pues los valores anexos a ella no eran para goce exclusivo de los demás, sino también para el propio titular antes de morir.

Todas las restantes consecuencias que el deceso puede generar (pérdida de la compañía, del apoyo, de la asistencia, de la enseñanza y del consejo que pueden representar los padres para sus hijos, los esposos mutuamente entre sí, y los hijos para sus padres, etc.) encuentran adecuada reparación mediante la indemnización del daño moral, pues con toda evidencia dichos factores exceden lo puramente material y el menoscabo que su falta provoca radica en el espíritu del damnificado.

Tratándose del supuesto específico de la muerte de un hijo menor, el suceso "... importa para los padres la frustración de una legítima esperanza de ayuda, la pérdida de una chance cierta de ser ayudados en el futuro (CNECyC, Sala IV, 28/07/988, expte. n° 77.419, Isis 30, sum. 783).

No obstante, ha de tenerse presente que, como se señaló, el objeto de la indemnización es la chance en sí, cuya misma naturaleza jurídica la hace resarcible sólo como mera aunque muy probable, posibilidad. Es decir, que el hecho que constituye la chance puede resultar posible, y aún probable, pero en tanto futuro, se mantiene como conjetural y problemático. La chance es, entonces, cierta en cuanto a su alto grado de factibilidad, pero el hecho que la constituye es incierto en cuanto a su efectiva existencia futura, y también -por consiguiente- en relación a sus precisos alcances.

Con relación a este último punto, se ha señalado que, cuando se resarce a los damnificados indirectos por la muerte de una persona, en cuanto a la frustración de beneficios económicos esperados, es preciso calcular no sólo el capital que se concede en tal carácter, sino también la renta que el mismo genera (v. CNECyC, Sala II, "Lescano, Luis Alberto y otros c/ Becerra, Alberto José s/ Sum", del 07/10/981; citada a su vez por Daray, Accidentes de Tránsito,

Astrea, Bs. As., 1984, p. 422, n° 12), a lo que cabe agregar el impacto financiero que produce la percepción conjunta de las sumas que no se habrían devengado sino a lo largo de un determinado período de tiempo. Ello, a fin de evitar un posible enriquecimiento sin causa para el acreedor.

En la especie, considero que los agravios formulados por las partes respecto del monto otorgado resultan insuficientes para conmover el decisorio. Con especial referencia a los argumentos de la parte actora, cabe señalar que apuntan a reflejar las repercusiones que el hecho tuvo en la actividad laboral de las partes, circunstancias que si bien pueden ser ponderadas al evaluar el daño moral, y que creo que así ha sido en atención a la suma establecida, no pueden ser tenidas en cuenta en este rubro, pues apuntan al lucro cesante, cuya naturaleza es diferente, y no fue planteado como tal en la expresión de agravios.

En consecuencia, teniendo en cuenta la condición socioeconómica del grupo familiar, la edad del hijo malogrado y sus condiciones personales, elementos todos que en definitiva quedan librados al prudente arbitrio del juzgador en los términos del art. 165 del Código Procesal (conf. Zavala de González, M., "Daños a las personas-Pérdida de la vida humana", t. 2b, ps. 249 y ss., n° 52 a 54 y ps 271 y ss., n° 57 y 58), considero que la suma otorgada resulta adecuada, por lo que propongo su confirmación.

Con relación a los agravios expresados respecto del daño moral, si bien es cierto que algunos autores señalan que en la reparación de dicho daño la ley debe ser más severa con el autor de un hecho ilícito que con el incumplidor de una obligación, ya que la violación del contrato no es ordinariamente tan grave (v. Borda, G. "Tratado de derecho civil. Obligaciones", I, págs. 190/1), de todas maneras el juez debe discernir lo que es en realidad la angustia propia del mundo de los negocios, de la afección de aquellos intereses que afectan profundamente a la esfera íntima del ser humano. Cuando se está frente a este último supuesto el Juez "debe" acoger el reclamo reparatorio del perjuicio moral sin efectuar distinciones (v. CCiv. y Com., Junin, "Feroldi c/A.P.S.", 23/12/94, voto del Dr. Venini, LL Bs. AS., año 2, n°6, págs. 605 y ss.).

Sentado ello, cabe señalar que, reiteradamente, ha establecido la jurisprudencia que dada su naturaleza espiritual, el presente supuesto del daño no requiere de la producción de una prueba directa; debiendo tenérselo por

configurado ante la razonable presunción de que el ilícito debatido pueda haber conformado un "sentimiento lastimado", "un dolor sufrido" que, al decir de Llambías ("Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", tº 1, p. 331, nº 257) configura el daño cuya reparación se reclama; o bien "...una lesión de razonable envergadura al equilibrio espiritual que la ley presume -y tutela- y atañe a la persona" (según Néstor Cipriano, citado a su vez por Daray, ob. cit., p. 328).

Encuadrado el rubro de tal modo, en el caso traído a conocimiento del tribunal no cabe duda de la configuración del extremo bajo examen.

Ello es así, teniendo en cuenta el vínculo de parentesco próximo que unía a los reclamantes con la víctima, la armónica relación que -cabe presumirse desarrollaba en el seno del grupo familiar entre sus integrantes -cada uno un individuo insustituible-, los fuertes lazos afectivos que los unían -aspectos que no resultan controvertidos por constancia alguna del proceso, ni fueron cuestionados en autos-, las circunstancias objetivamente traumáticas en que la pérdida se produjo, así como su recepción subjetiva por los pretensores (art.522, Cód. Civil).

Resulta incuestionable, en el marco expuesto, la fuerte aflicción que habrá significado para los progenitores, asistir a la frustración de múltiples expectativas y posibilidades vitales de su hijo, producto de un suceso con los caracteres expuestos, y a una temprana edad de su evolución como persona.

Así, en su testimonio prestado luego de dos años de ocurridos los hechos, Rubén Yuste expresa que la familia quedó destruida luego de la muerte del menor, encontrando muy desmejorados a los padres del niño, al igual que el menor Diego -hermano del fallecido-, quien quedó en un estado de shock luego del accidente (fs.611) A fs. 687 la Lic. Maseberg, reconoce el documento de fs.133, en el que expone las conclusiones del estudio psicodiagnóstico realizado a los actores luego de la muerte de su hijo, en el que se recomienda la realización de un prolongado tratamiento. También el testimonio de Francisco Verger (fs.599/600) da cuenta de los profundos trastornos que generó en los sentimientos y en las actividades de los actores, la muerte de su hijo.

Teniendo en cuenta tales factores, así como que resulta difícil imaginar dolor espiritual mayor que el constituido por la pérdida de un hijo, y la

presumible alteración del ritmo normal de vida que todo lo reseñado debió ocasionar, considero que el haber resarcitorio acordado en la sentencia apelada resulta adecuado, por lo que propongo su confirmación.

Respecto al agravio de la parte actora por la falta de consideración del daño material experimentado a raíz de la interrupción de las obras de reforma iniciadas en su propiedad, al no haberse probado un menoscabo patrimonial, tales circunstancias no admiten una reparación específica, sino que deben ser consideradas como derivadas del dolor espiritual sufrido por los progenitores, el cual ha sido debidamente ponderado por la sentenciante al establecer la suma correspondiente al daño moral.

Con respecto al reclamo formulado del daño material producido a la salud de Diego Child, los propios actores reconocen a fs.929, que la acción la promovieron solo ellos, sin incluir al menor, supuestamente titular del derecho a solicitar la reparación del daño, por lo que nada cabe decidir al respecto.

### III. INTERESES

La sentenciante dispuso que los intereses corran desde la fecha en que ocurrió el hecho (fs. 909). Esta decisión causa agravio a la codemandada quien entiende que el cómputo de aquellos debe iniciarse a partir de la mora, es decir, de la notificación de la demanda.

Considero que las razones expresadas por la apelante resultan valederas, sin que los términos de la contestación de fs.978 enerven tal criterio.

En efecto, como ha quedado claramente establecido, nos encontramos con un supuesto de incumplimiento contractual, y como tal la obligación de reparar el daño es exigible a partir de la constitución en mora, circunstancia que en el caso se produjo al notificársele al deudor la demanda interpuesta (doctr. art. 509 CC.).

### IV. COSTAS POR RECHAZO DE DEMANDA CONTRA EL SR. FOSTER

Las costas judiciales son un rubro indemnizatorio complementario del resarcimiento del daño principal: compensan el perjuicio económico que sufre quien se ve obligado a acudir a la justicia para promover o resistir una pretensión, con los gastos consiguientes. Es decir, la obligación por costas no

es ajena a la responsabilidad civil resarcitoria (conf. Zavala de González, M. "Resarcimiento de daños", T.3, pág. 376/377).

Expresa también Zavala de González que la víctima debe asumir las costas por las acciones rechazadas sólo cuando conocía o pudo conocer, en función de las circunstancias, que no había razón para demandar a los absueltos, es decir, cuando era evidente o fácilmente desentrañable la responsabilidad exclusiva de quién a la postre resultó condenado. No obstante, por lo general, concurren sobrados motivos para eximir de costas al actor, y así se verifica toda vez que éste pudo creerse con derecho a deducir su pretensión en la forma en que lo hizo, es decir, contra todos los sujetos que trajo al proceso (conf., ob. cit., T.3, pág. 419/420).-

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha sostenido que si el actor al demandar lo hizo contra las cabezas visibles del acto ilícito, ya que no estaba en condiciones de individualizar a priori al responsable de aquel o establecer la medida de tal responsabilidad, la circunstancia de que la acción haya prosperado contra uno solo de los codemandados no coloca al actor en situación de vencido y, en consecuencia no corresponde imponerle el pago de las costas (conf. "Cardozo, Perla B. c/ Pilotes Franki Argentina y otros", del 18/9/90 en DJBA, 141-4683; Capel. CC. Morón, Sala II, abril 23-1991 en ED, 144-444). Las costas devengadas por quien resultó no ser responsable del hecho deber cargarlas el codemandado que en definitiva lo sea (CNCiv., Sala B, del 26/9/1960 en ED, 1-68). Máxime cuando ha sido su injustificada omisión en asumir oportunamente su responsabilidad lo que ha generado, como consecuencia mediata, el consiguiente desgaste procesal de los otros sujetos procesales (C1aCC. Córdoba, 5/6/990, "Cittadini, Roberto R. y otros c/Martinez, Omar J. y otros", en LLC, 1991, 611).

En el presente, entiendo que los actores, bien pudieron considerarse con derecho a demandar a la persona que en el momento del hecho se encontraba a cargo de los menores. En efecto, el Sr. Foster fue quién llevó a los niños al campo de deportes y en definitiva quién permitió que los mismos ingresaran solos al vestuario y que permanecieran allí sin la presencia de un adulto responsable por varios minutos. La sentenciante, en virtud de los elementos que fueron incorporándose a la causa a lo largo del proceso, entendió que los

antecedentes de Foster eran buenos y que en definitiva no hubo negligencia en su accionar, desde que le resultaba prácticamente imposible controlar solo a 32 niños de 8 años, situación generada en una orden impartida por la institución escolar.

Sin perjuicio de que la conducta del Sr. Foster, no puede ser revisada en atención a los términos de los agravios, lo cierto es que al momento de promover la acción y aún durante el curso del proceso, existían elementos que razonablemente podían hacer suponer a los actores su responsabilidad.

Asimismo, el codemandado victorioso no tiene que asumir las erogaciones que ha debido realizar, ya que ha sido traído al proceso en virtud de una pretensión que, aunque pudo estar dotada de razón aparente, al cabo se comprueba que no es viable. Es injusto que dicho sujeto, quien ha logrado apartar la personal responsabilidad, asuma siquiera costas parciales (las propias), en tanto y en cuanto éstas han sido mediatamente generadas por un hecho-fuente de responsabilidad para otro (en conjunción con la decisión de la víctima de entablar la demanda contra los posibles obligados).-

Los gastos del juicio son a cargo del demandado, que obligó al actor a litigar, por no haber cumplido espontáneamente con el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con su conducta negligente. (CNECyC., Sala III, cit. en Daray, Accidentes de tránsito, T. 2, pág. 394 n\*14).

El fundamento de la condena en costas radica en la justicia de resarcir los gastos de quien ha debido servirse del proceso para obtener el reconocimiento de su derecho. Esta concepción respalda la imposición de las costas integrales del juicio al único responsable, es decir; comprendiendo las generadas por la intervención de los demandados victoriosos (Zavala de González, Matilde, ob. cit., T.3, pág.429). Agrega esta autora que la prescindencia del demandado en hacerse cargo de su deber resarcitorio cuando correspondía, se agrega al suceso dañoso originario para producir un nuevo perjuicio económico, que sólo él debe soportar: los gastos por las restantes acciones que la víctima tuvo que promover. En suma, la imposición de costas al demandado vencido no sólo se funda en el hecho primigenio del que surge responsabilidad sino, además, y fundamentalmente, en la ulterior omisión en asumir de modo espontáneo y oportuno las derivaciones jurídicas de esa responsabilidad (conf. ob. cit., T.3, pág. 431).

En el presente, la institución codemandada, luego del accidente contrató un servicio para que verificara las condiciones de seguridad, cambió los bancos de los vestuarios, impidió el acceso a los mismos durante las prácticas deportivas y, además dispuso que todos los grupos que se trasladan al campo de deportes sean acompañados por dos personas (v. fs.617vta./618 y 620/621). Tal actitud, por cierto muy acertada, no se condice para nada con la que tuvo en las presentes actuaciones, donde aún en esta instancia, ha pretendido desentenderse de toda responsabilidad e incluso, si así no fuera, demostrar que no debe resarcir un solo centavo.

Por ello, entiendo que la solución adoptada por la magistrada ha sido acertada, sin que los argumentos expresados por la apelante tengan la entidad suficiente para formar convicción en el firmante acerca de la necesidad de su modificación.

#### CONDENA CONTRA LA ASEGURADORA

La citada en garantía Aseguradores de Caucciones S.A. Cía. de Seguros, expresa agravios a fs.933/934 y solicita que se revoque el pronunciamiento en cuanto la condena por los daños causados hasta el límite de su cobertura. Funda su queja en el carácter contractual de la obligación que unía a los actores y a la institución demandada, las cuales no se encuentran amparadas por la póliza contratada.

En definitiva, como bien señala la actora al contestar los agravios, la aseguradora sostiene que una escuela privada, cuya principal fuente de riesgo son los alumnos, contrata un seguro que excluye precisamente la razón principal para contratarlo.

De la lectura de la póliza en cuestión, surge que la cláusula N°2 establece que el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero, en razón de la responsabilidad civil que surja de los arts.1109 al 1136 del Código Civil. La cláusula N° 4 establece como riesgo no asegurado a las obligaciones contractuales.

Parece claro que el sentido de la misma es cubrir los accidentes que pudieran sufrir los alumnos (terceros en la relación contractual), mientras se encuentran a cargo de la institución escolar. De no ser así el seguro contratado por la escuela dejaría al descubierto, justamente aquello que mayor riesgo importa para la institución escolar: la salud de los alumnos.

Como señala Cipriano, para interpretar el contrato, aparece una doble operación de análisis: la significación del acuerdo en sí mismo y el sentido de las voluntades que concurrieron a formarlo. Este último elemento, en realidad, hay que indagarlo a través de un resultado unitario (...) En suma, el contrato debe ser interpretado como la síntesis expresiva de un debate presumido, que conduce a una voluntad (la contractual) como resultado (Cipriano, Néstor A. El contrato y la voluntad como resultado en "Misión y jerarquía de abogados y jueces y otros estudios de derecho", Depalma, 1990, pág. 168/169).

Sin perjuicio de ello debe tenerse presente la imposibilidad práctica de la búsqueda por el interprete, de la intención "común" de las partes, pues justamente, característica saliente y definitoria de los contratos por adhesión a condiciones generales es la presencia de una menor voluntad común, que es la que debe ser compensada, como acertadamente señala Mosset Iturraspe, mediante una presencia más fuerte del juez en la integración del contrato. La interpretación filológica aparece en cada caso en el que haya que desentrañar el sentido y el alcance de un contrato por adhesión cada vez que se pretenda, por analogía o por extensión, dilatar el campo de renuncia o restricción a los derechos del adherente, o ampliar los del predisponente que resulten de normas supletorias, aun cuando hayan sido reconocidas por el primero y las haya aprobado especialmente y por escrito. Sin olvidar además, el riesgo contractual que asume el predisponente consistente en una responsabilidad que se le asigna por las consecuencias que trae aparejada su falta de diligencia en la creación del esquema negocial cuando él adolece de ambigüedad, falta de claridad u oscuridad (conf. Stiglitz, Rubén - Stiglitz, Gabriel, "Seguro contra la responsabilidad civil", Abeledo-Perrot, 1991, pág. 181/188 y sus citas).

Pero, además, existe otra cuestión que definitivamente torna inaceptable la argumentación de la apelante. Sucede que su presentación pretende introducir tardíamente una defensa que debió oponer al presentarse en el proceso. Por lo tanto, como el planteo formulado no ha sido sometido a juzgamiento en la anterior instancia, ello obsta a su alegación en la Alzada (arts.271, última parte y 277, primera parte del Cód. Procesal).

En efecto, la apelación debe someterse a la estructura de los hechos que ya tiene el proceso y no ser un medio para introducir nuevos aspectos

fácticos. Lo contrario importaría reabrir el debate en todas sus facetas. De allí, que está vedado el tratamiento en la alzada, de defensas que no hayan sido introducidas oportunamente en la litis. Ello tiende a asegurar la defensa igualitaria de las partes, evitar sorpresas causídicas y efectivizar el orden en el trámite de las causas (conf. C.N.E.Civ. y Com., Sala "I", septiembre 7-1977, Boletín del Fuero Nro. 645, sum. 9141). No resulta ocioso recordar que conforme al postulado de congruencia, incorporado como principio general por los artículos 34, inciso 4to. y 163, inciso 6to. del ordenamiento procesal, la sentencia debe dictarse "de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio", lo cual no sólo es de estricta aplicación tratándose de los decisorios de primera instancia, sino también con relación al órgano "ad quem", desde que no puede fallar sobre articulaciones no planteadas a la decisión del juez de la instancia de origen (conf. C.N.Civ., Sala "C", junio 22-1978, La Ley, tomo 1978-D, página 378).

Por ello, la defensa que no ha sido materia del litigio, pues no fue oportunamente introducida en los escritos con los cuales se trabó la litis, no pudo ser objeto de pronunciamiento en primera instancia debido al principio de congruencia, ni resulta lícito incorporar la cuestión en la alzada, que solamente habilita la revisión del fallo, sin admitirse la ampliación del debate, cuya continencia se precluyó al trabarse la litis (conf. C.N.Civ., Sala "F", agosto 19-1976, El Derecho, tomo 71, página 723), derivando dicha limitación del principio dispositivo, que confiere a los justiciables el señorío de la voluntad de fijar los límites del objeto litigioso, y excluye que los tribunales de justicia se pronuncien sobre cuestiones que no hayan sido planteadas oportunamente por las partes. Si se admitiese que en la Alzada pudieran tratarse capítulos no esgrimidos en primera instancia, o fundados en hechos no articulados en ella, importaría alterar los términos en que quedó trabada la litis, con menoscabo del derecho de defensa, y violación de una expresa prohibición legal, como ya se ha señalado (conf. C.N.Civ., Sala "C", mayo 12-1983, La Ley, tomo 1984-A, página 489).

Parece oportuno recordar en ese sentido, que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ("venire contra factum proprium non valet"), ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada,

jurídicamente relevante y plenamente eficaz (conf. C.N.Civ., Sala "A", marzo 8-1983, La Ley, tomo 1983 C, página 440; ídem, Sala "D", abril 14 1983, La Ley, tomo 1984 A, página 295; ídem, Sala "F", junio 22 1983, La Ley, tomo 1983 D, página 146), habiéndose añadido que el venir contra o contravenir el hecho propio comprende también no ya destruir lo hecho, sino a desconocerlo, o evitar sus consecuencias o eludirlos (conf. C.N.Civ., Sala "D", febrero 20-1984, La Ley, tomo 1984 B, página 260, citados en Morello Sosa-Berizonce, "Código Procesal (...)", tomo II B, comentario al artículo 117, página 547/548 y demás jurisprudencia allí citada). Expresan Enneccerus-Nipperdey: "A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta" ("Tratado - Parte General", Barcelona, 1950, vol. II, página 495).

En el caso, la citada en garantía al presentarse al proceso se limitó a manifestar que "existe concertado entre mi mandante y la Asociación Civil Colegio San Marcos un seguro de responsabilidad civil comprensiva extracontractual, en que incurra el asegurado por el ejercicio de su actividad y/o fuera del local especificado..." (fs. 235). Posteriormente aclara que de acuerdo a la cobertura otorgada no se amparan los honorarios del letrado, cualquiera sea el resultado de la causa..." (fs.236).

Lo expuesto, a mi entender, demuestra que la aseguradora no negó que la póliza de seguro cubriera la responsabilidad contractual, cosa que sí hizo respecto de los honorarios profesionales. Esta actitud, cuando de los términos de la demanda surge que de manera específica se invoca el incumplimiento contractual (v. fs.138), determina la imposibilidad de introducir el tema en esta instancia.

En consecuencia, si mi opinión es compartida, propongo que el decisorio sea modificado en cuanto a la fecha desde la cual corresponde el cálculo de los intereses, que debe ser la de notificación de la demanda, y sea confirmado en todo lo demás que decide. Las costas de esta instancia se imponen a la institución escolar vencida. Así voto.

El doctor Achával dijo:

Si bien comparto los fundamentos tenidos en cuenta por mi distinguido colega Doctor Claudio Marcelo Kiper para establecer la responsabilidad que imputa a la accionada, como así también lo referido a los daños materiales y a

los intereses que corresponden, no comparto-lamentablemente-lo relativo a las costas del proceso por el rechazo de la demanda en contra el señor Foster.-

Según puede entenderse del detallado análisis del escrito de demanda, se ha sustentado la pretensión resarcitoria en la órbita contractual y extracontractual, a la vez que se atribuye al codemandado Foster la comisión de un hecho ilícito con fundamento en una supuesta conducta negligente.-

En la contestación de demanda, el codemandado Foster precisa los hechos y los errores de apreciación, como así la conducta por él asumida en tal circunstancia y termina por pedir el rechazo de la demanda en contra con costas al vencido.-

En su contestación, la codemandada vencida deslinda claramente la responsabilidad del codemandado Foster, quién en su opinión estuvo en todo momento avocado a su rol de coordinador y dedicado al cuidado de los niños.- Opinión que nuevamente reproduce con mayor precisión aún en su alegato de fojas 857/874.-

Por su parte, el pronunciamiento en recurso señala que “ ha descartado toda idea de culpa en relación a Foster, pues él se limitó a cumplir las directivas impartidas por su principal”.-

La accionante y la institución condenada no han cuestionado la liberación de responsabilidad dispuesta en relación a la persona aludida, limitándose la última a expresar agravios en cuanto se le imponen las costas por la acción que ha sido desestimada.-

En manera alguna comparto el fundamento de la señora Juez en cuanto a la imposición de costas por la acción de la que es liberado Foster.

Habiéndose accionado con fundamento en la responsabilidad contractual y la extracontractual no advierto el motivo para atribuir a la codemandada que en todo momento ha sostenido que su dependiente no ha tenido responsabilidad alguna en el evento dañoso y en la muerte del pequeño hijo de los accionantes, deba cargar con la responsabilidad patrimonial del ejercicio de una acción que le es ajena y que no ha siquiera inducido a ejercer en el modo en que lo efectuara la parte actora.-

Como puede verse no se trata de aquellas acciones resarcitorias en las que la víctima se encuentra con una serie de hipótesis o conductas que la

obligarían a realizar investigaciones previas o confusos raciocinios para establecer a priori quién resulta ser el responsable del daño sufrido.-

No media aquí ni confusión ni duda. Demandada la reparación de los daños sufridos en función de los principios que rigen los diversos supuestos de responsabilidad contractual se ha admitido tal reclamación, denegándola en cuanto se refiere a un modo de obrar que se imputó al codemandado Foster.-  
Cuál es la razón en derecho para que las consecuencias de éste rechazo de la pretensión deban ser soportadas por el vencido?

No considero suficiente que del carácter de que goza la suma indemnizatoria y el principio de intangibilidad de ella justifique que un tercero ajeno a ese aspecto puramente procesal deba soportar las consecuencias de esa conducta.-

Las pautas en materia de imposición de costas tratándose de un litigio trabado con varios codemandados están establecidas en el art. 75 del CPN. El principio general es que las costas se distribuirán entre los litisconsortes; así, actuando cada litisconsorte de manera independiente, las costas se distribuirán según el resultado que cada uno obtenga en la sentencia. Ello lleva a la conclusión de que cuando existe un litisconcorcio pasivo y recae para cada uno de los codemandados un pronunciamiento diferente, las costas deben tratarse por separado (CNCCom Sala B, 19.11.76, LL 1977-A,537 y Rep LL , XXXVII-359, sum. 77). Así se ha señalado en este sentido que cuando la sentencia rechaza la demanda respecto a algunos litisconsortes y la estima respecto de otros, cada pronunciamiento debe llevar anexa la decisión sobre costas, cuyo curso debe resolverse en función de lo que dispone el art. 68 del CPN (CNCivSala B, ED 65-183). También, cabe señalar que se ha puesto de relieve que si el pronunciamiento es favorable para algunos de los litisconsortes y desfavorable para otros, la condena en costas sólo es procedente respecto de los vencidos, salvo que medie alguna de las causales de eximición que hemos expuesto anteriormente (Fassi-Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial, t. 1, p. 452/3, citando en p. 453, nota 1 a Palacio "Derecho Procesal", III, p. 389, nro. 317,A; Fenochietto-Arazi, "Código Procesal, 1, p. 287, \*1).

La cuestión que, a mi entender, debe ser aquí resuelta, consiste en determinar quién debe soportar las costas atinentes a la acción desestimada.-

Queda fuera de cuestión que es acertado imponer las costas al demandado condenado por la acción dirigida en su contra. Ahora bien, respecto de la acción que ha sido rechazada, creo que las costas que se vinculan con la misma deben ser distribuidas en el orden causado entre el actor y el demandado vencedor, las costas no se trasladan, por ende, al demandado responsable.

Así, se ha señalado en este sentido que: “Si el accionante resultó derrotado, no puede pretender ser liberado totalmente de costas, sin perjuicio de que, si por las circunstancias del caso se juzga que pudo tener razón para litigar, pueda ser liberado parcialmente de costas y distribuirse éstas por el orden causado, no cabe extender la responsabilidad por las costas a otros codemandados, por cuanto la demanda fallida resulta un hecho extraño sin relación de causalidad a su respecto no teniendo por qué soportar las costas por una demanda que dependió exclusivamente del arbitrio del actor, en una especie de solidaridad pasiva que a la postre resultó infundada” (Cam.4ta. CivComCórdoba, voto de la minoría, 16.12.86, “Tomaselli, Oscar c. Elbio Mercado y otra s. Ordinario”).

De allí que es mi opinión que las costas por el rechazo de la demanda respecto de la codemandada han de ser distribuidas en el orden causado, en la medida en que la víctima haya tenido razones para promover la acción como lo hizo, de lo contrario deberá soportar las consecuencias de su propio obrar.-

Considero que de los términos-que comparto- en que se expide mi estimado colega, surge con claridad que el accionante ha cometido un error al demandar conjuntamente a los co-demandados.-

No se puede convalidar el obrar imprudente de la víctima y justificar una distribución de costas ajena al principio general en la materia. La parte actora ha sido vencida en su pretensión y debe por tanto soportar las consecuencias de dicho carácter.-

Por lo expuesto, manifiesto mi adhesión al voto que antecede, salvo en cuanto a las costas por la acción que es desestimada, propiciando se disponga su imposición a la parte actora -vencida.-. Así voto

La Dra. Gatzke Reinoso de Gauna, adhiere al voto del Dr. Kiper.

Por lo que se dió por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe.

///nos Aires,           de junio de 1996.

Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas, el Tribunal decide:

Por unanimidad de votos modificar el decisorio en cuanto a la fecha desde la cual corresponde el cálculo de los intereses, que debe ser la de notificación de la demanda, y confirmarlo en todo lo demás que decide.

Por mayoría de votos, imponer las costas por el rechazo de la demanda respecto del coaccionado Foster, a la codemandada Lyons.

Las costas de esta instancia se imponen a la institución escolar vencida.

Difiérese la regulación de honorarios hasta que exista en autos liquidación aprobada.