En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil doce, reunida en Acuerdo **la Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., J. E. y otra c/ E. I. M. M. SRL s/ SUMARIO (DAÑOS Y PERJUICIOS)", Expte. nro. 567/11,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (Expte. nro. 346/09), y atento al resultado del sorteo establecido en el Art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 1019), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 966/974? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada por la parte actora a fs. ref. 944 la sentencia definitiva nro. 86 (fs. ref. 966/974) del 03/10/11, habiéndose concedido a fs. ref. 945, libremente y en efecto suspensivo, el recurso de apelación.

El fallo, en la parte que aquí se cuestiona, dispuso: "1) Rechazando la demanda interpuesta por los Sres. J. E. C. y la Sra. C. M. D., por su propio

derecho y en representación de su hijo menor R. C. D., contra la E. I. M. M. SRL"; 2) Impuso las costas del juicio a la parte actora y reguló los honorarios profesionales.

I. A) A fs. 999/1005 obran glosados los agravios de la parte accionante apelante, conferido que fuera el traslado de los mismos a fs. 1007, estos fueron contestados a fs. 1009/1014.

Corrida vista a la Sra. Asesora de Familia e Incapaces a fs. 1015, dicha funcionaria contesta la misma a fs. 1016vta.

I. B) Entendiendo que en la estructura de la sentencia los agravios tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto de los agravios, siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (Cf. crit. Morello - Sosa – Berizonce en "Códigos Procésales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T. II-C, pág. 64; Cám. Nac. Com., Sala C, 03/11/80, entre otros) y teniendo presente el principio procesal de concentración, he de realizar la transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en cada uno de sus agravios ha realizado la apelante.

I. C) La parte actora (fs. 999/1005) se agravia concretamente por la valoración de la prueba efectuada

por el a-quo, entendiendo que el fallo determinado por el supuesto comportamiento personal del menor a lo largo de su formación académica, relegó el tratamiento del abuso del derecho en que incurrió la demandada, frente a la rescisión contractual -arbitraria e intempestiva- del contrato de educación el día 03/09/07.

Entrando en el análisis de la temática planteada, conviene precisar que en relación a la libertad de contratar de los establecimientos educativos privados, sobre los denominados derechos de admisión y rematriculación, se ha expresado que "no puede negarse que el derecho de admisión guarda una estrecha vinculación con los derechos constitucionales de enseñar y aprender". Más aún, podría decir que generalmente se presenta una fuerte tensión entre ambos, toda vez que la prerrogativa del educando o su familia de hacer efectivo el derecho de aprender, colisiona con la pretensión del establecimiento o institución de elegir a quien enseñar.

Si bien rechazo la postura de quienes niegan enfáticamente la posibilidad de reconocer una obligación de enseñar, es apreciación de la suscripta que parece que su aceptación no puede ser genérica e indiferenciada de las particulares circunstancias del caso.

Es que no es posible confundir el supuesto de quien intenta matricularse por primera vez en un establecimiento educativo, de aquel otro que solo pretende proseguir los estudios iniciados anteriormente (circunstancia que se ha dado en autos atento al propio

reconocimiento de la demandada en su contestación de la acción a fs. ref. 673vta. donde el establecimiento acepta al alumno el día 05/03/07).

La primera situación gira en torno al "acceso" al contrato, en tanto que la segunda concierne a la continuidad del servicio educativo. Aunque en ambos casos la "libertad de contratación" está comprometida, la misma requiere consideraciones diferenciadas.

Por ello, resulta criticable que muchos de los planteos doctrinarios efectuados hasta la fecha hayan sustentado el "derecho de admisión" en una férrea concepción de la "autonomía de la voluntad" y sus libertades consiguientes, tal perspectiva no se compadece con los nuevos horizontes del derecho contractual, que intenta construir respuestas de mayor justicia.

Estimo impropio hablar genéricamente de un "derecho de admisión", dado que solo puede ejercerse esa facultad ante quien no se encuentra incorporado a la institución educativa.

En ese entendimiento la práctica de la contratación anual de los servicios constituye un uso abusivo que solo persigue falsear la realidad.

Ello así, ya que los padres que eligen un establecimiento escolar lo hacen con el convencimiento de que su hijo ha de transitar allí los ciclos educativos correspondientes. Y lo mismo sucede con la institución, que proyecta en sus educandos su propia historia. Lo expuesto no quiere decir que en tal caso el establecimiento no pueda extinguirlo, pero parece razonable que deba motivar su decisión en razones

graves que demuestren la imposibilidad al grado de que el alumno sea un riesgo tanto para los terceros –compañeros y docentes-, como para la institución.

Amerito que al establecimiento educativo le implica, como parte de su obligación de enseñar, hacerse cargo de las dificultades inherentes a una situación conflictiva y asumir institucionalmente ese reto o desafío con el compromiso de desplegar los esfuerzos necesarios para lograr superar las complicaciones a través de un entorno educativo propicio, sólido en su estructura y proyectado hacia el futuro, como medio abierto y flexible de integración y desarrollo personal. Tales circunstancias implican necesariamente que es obligación de la institución educativa adoptar las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y correspondientes a las circunstancias de la persona (cada niño es único y ello descarta un único modelo de intervención); una ejecución de acuerdo a lo que las partes, obrando con cuidado y previsión, verosímilmente entendieron o pudieron entender (arts. 512 y 1198 del C. Civil).

Cabe destacar, asimismo, que mayor era el deber por parte de la institución de obrar "con prudencia y pleno conocimiento de las cosas" por la profesionalidad del servicio que presta y al que se había obligado (Art. 902 del C Civil).

Va de suyo que ello demandaba una atención pedagógica y estímulo didáctico especial y, con un trabajo sistematizado basado en la solidaridad y en la colaboración familiar e incluso según el nivel de los obstáculos que se presentaran desde el abordaje

interdisciplinario, con el auxilio de profesionales capaces de coadyuvar al resultado exitoso de la tarea; dichas instancias no han sido las que ha seguido la institución, ya la misma demandada expresa que la intervención con los alumnos la manejaban directamente en forma personal los directivos responsables del establecimiento educativo, sin que obre en autos ni haya sido alegado que los mismos intentaran solucionar el conflicto que tenían con los padres del niño y con el niño mediante la ayuda de un profesional pedagógico.

Así las cosas, la rescisión de la relación o no renovación del contrato, como se quiera ver, decidida faltando poco tiempo par el término del año educativo (período donde se habían concluido casi las dos terceras (2/3) partes de la formación académica del año escolar -mes de septiembre del año 2007-, se visualiza carente de fundamentos serios y atendibles.

La argumentación defensiva de la demandada, concretamente se basa en las razones de trastornos de comportamiento del menor en el área social –compañeros y docentes– y reclamos reiterativos de los progenitores en cuanto al procedimiento educativo, al trato y a las calificaciones.

Sobre dichos fundamentos, teniendo en cuenta que el menor demostraba a través de sus calificaciones un elevado nivel cognitivo, de lenguaje superior y de asistencia perfecta, cualidades que generalmente deben ser tenidas como positivas con lo cual los inconvenientes o escollos que la adaptación del menor generó eran previsibles, no solo fácilmente detectables por una evaluación psicodiagnóstica -de haberse

requerido a su ingreso-, sino razonablemente inferibles a partir de la experiencia pedagógica con sujetos con capacidades intelectuales superiores que molestan a sus compañeros e impiden, en la mayoría de las veces, la aceptación por estos de la capacidad superior del menor.

Tengo, asimismo, en cuenta que no se ha tratado de una circunstancia sobreviniente, ajena al marco o contexto contractual originario, determinante de una prestación distinta a la comprometida que legitimara un arrepentimiento, un desandar la conducta inicial del establecimiento, trabajando con un equipo psicopedagógico la forma de buscar soluciones para la integración y apertura hacia alumnos "problemáticos", con actitudes fuera de lo "común", lo que parece haberlo sorprendido y superado.

No mejora en este sentido la posición del Colegio demandado las eventuales dificultades de la misma índole que hubiese tenido el menor anteriormente en otras instituciones educativas (Liceo Militar General Roca), aunque no dejo de tener en cuenta las declaraciones positivas sobre el menor que efectuó la docente de dicha institución, Sra. C. S. M. (fs. res. 893/894), quien tuviera por alumno al menor.

Estimo dable aclarar, en esta instancia del desarrollo analítico que vengo realizando, que -en cuanto a la valoración que el a-quo debe realizar-, el mismo ha de tener en cuenta que las presunciones constituyen un valioso medio probatorio del cual pueden hacer uso las partes para demostrar la verosimilitud de sus dichos. Sin embargo, estas deben ser graves,

precisas y concordantes y, en el particular caso, considero que no reúnen tales características a fin de tener acreditado de una entidad insalvable que no pudiera ser evitable con un proceder más tolerante en el ámbito educativo. De ahí que considere que los jueces deben ejercer su poder jurisdiccional con racionalidad, acreditación objetiva y palmaria de los extremos invocados con un profundo ajuste a derecho, seriedad y prudencia, a fin de no transformar su arbitrio en arbitrariedad, y ello en función de la verdad real, la seguridad jurídica y el valor justicia.

Bajo dicha entelequia estimo que, en cuanto a los argumentos efectuados por el a-quo, los considero desacertados para no valorar ni el informe psicopedagógico ni la pericial psicológica -más aún si se tiene en cuenta que no fueron impugnadas por la contraria demandada- (Cf. crit. jurisprudencial que comparto: "Vecor Internacional SA c/ Shell Compañía Argentina De Petróleo SA s/ ordinario" – CNCOM - SALA F - 02/09/2010, citar: elDial.com - AA683F).

A tal mérito arribo, ya que la peritación es una declaración de ciencia, porque el perito expone lo que sabe por percepción, deducción o inducción de los hechos, pero es, además, una operación valorativa. Es decir, que para efectuar un apartamiento del dictamen pericial, es necesaria la existencia de otros elementos en la causa que permitan concluir el error o el inadecuado uso de los conocimientos técnicos aplicados por el experto que a criterio de la suscripta –a diferencia de los argumentos expuestos por el juez- si se han dado en el presente proceso, ya que después de

un exhaustivo análisis de la declaración de la licenciada en psicopedagogía, Sra. M. S. A.(fs. ref. 888/890 y reconocimiento de fs. 19/21, especialmente conclusión obrante a fs. 21) y de la pericial psicológica (fs. ref. 836/839 especialmente conclusión a fs. ref. 839 –reitero no impugnada por la accionada-), advierto que ambas concluyen que no se utilizaron las herramientas adecuadas para resolver el conflicto áulico, centrándose más en un manejo inadecuado por parte de los educadores–adultos que en el propio menor.

Es criterio de la suscripta, a contrario del aplicado por el a-quo a fs. ref. 937, respecto de la declaración testimonial del Sr. M. V. M. (fs. ref. 930/931) que la misma ha de ser tenida en cuenta, ya que comparto el criterio jurisprudencial que determina: "El principio "testis unus testis nulus" no resulta de aplicación, ya que si bien es cierto que la declaración del "único testigo" debe ser valorada con máxima estrictez, no menos cierto es que si las declaraciones son objetivas, convictivas y el testigo da suficiente razón de sus dichos (fs. ref. 931), como en la presente causa, la circunstancia de que se trate del único testimonio no obsta a la validez de sus dichos y que estos tengan eficacia probatoria" (Cf. crit. SD 40614, causa 11.930/06 – "Rodríguez, Juan Carlos c/ Alfajores Jorgito S.A. s/ despido" – CNTRAB – SALA VII – 28/11/2007, citar: elDial.com - AA 4411, publicado el 02/01/2008).

El Dr. Lino E. Palacio, en su obra "Derecho Procesal Civil", Tomo IV, pág. 654, dice: "El sistema de la sana crítica no se compadece con la exclusión de

la eficacia probatoria de la declaración prestada por un testigo único. Actualmente tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que la máxima testis unus testis nullos, que consagraron las partidas (Ley 32, Título 16, partida 3) por influencia del derecho canónico, resulta inaplicable como criterio regulador de la valoración del testimonio, y que, por lo tanto, la declaración de un testigo singular es susceptible de fundar las conclusiones de una sentencia acerca de la existencia o inexistencia de uno o más hechos controvertidos si aquella merece fe de conformidad con las reglas de la sana crítica" (STJ, Tucumán, Sentencia N ° 249 - "Alcalde José Raúl c/ Duarte Marcelino Benjamín s/ Daños Y Perjuicios" (Sala I-A.)" - Civil y Comercial Común - Sala 1 - 07/09/1994: elDial.com - BB19E0).

En base a dichos criterios jurisprudenciales y doctrinarios estimo que las características se han dado en la declaración testimonial del Sr. M. H. V. M.(fs. ref. 930/931), ya que su fuerza radica en sus dichos que denotan suma imparcialidad y se trata de un tercero carente de interés personal en el resultado del juicio, mientras que las demás testimoniales prestadas por las Sras. A. M. G. (fs. ref. 906/910), A. d. C. C. (fs. ref. 911/913), M. G. F.(fs. 917/919) y S. A. P.(fs. 933/936), pertenecían a dependientes de la parte demandada, lo que exigía al a-quo -por poderse considerar dicha situación como una inhabilidad relativa-, una exigencia de mayor estrictez en la valoración de dichas testigos".

A ello cabe agregar que es una máxima aceptada y

aplicada mayoritariamente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que las declaraciones de los testigos se pesan, no se cuentan, atento a que debe darse importancia a la verdad real objetiva, lo que implica que la importancia de la testimonial es el valor cualitativo y no el cuantitativo.

Por último, he de transcribir, por considerar esclarecedores, los siguientes criterios doctrinarios: "La no inscripción de un alumno puede importar un abuso en el ejercicio del derecho cuando no existen motivaciones serias acordes con los antecedentes de la situación de hecho" (Aída Kemelmajer de Carlucci, "Principios y tendencias en torno al abuso de derecho en Argentina" en RDP y C, n ° 16 cit. p. 260) y "Es de tener presente que la facultad de contratar o de no contratar puede ser ejercida con abuso de derecho" (Spota, “Contratos”, vol. I n° 16 p. 22).

“Recordemos que "en última instancia, lo que se quiere rechazar con la teoría del abuso del derecho es un comportamiento o una omisión que, a tenor de ciertas circunstancias y no obstante algunos argumentos que se pueden esgrimir a su favor, genera a la postre un daño injustificado. Queremos destacar que no se trata de intenciones, sino de manifestaciones externas de actos -positivos o negativos- que vinculan a uno con otro (alteridad), pero cuya mayor peculiaridad reside en que gozan por su origen o apariencia de cierta licitud o respaldo jurídico; o sea que dichas conductas no resultan manifiestas o normalmente antijurídicas aunque en el caso terminan violando las exigencias (correspondientes) a la perspectiva externa en los

límites de los derechos subjetivos. La reacción desfavorable del Derecho frente al abuso se fundamenta porque se produce un daño a alguien, es decir se lo priva de algo que le corresponde, sin que ello se pueda justificar jurídicamente. Es el juicio de equidad, fruto de la razón práctica jurídica operativa o prudencial, lo que determina que se impida esa conducta abusiva. La apariencia de juridicidad y lo injusto concreto son, en última instancia, las dos notas más características del instituto que estamos analizando" (Rodolfo L. Vigo "Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho", en la misma RDP y C, n ° 16 p. 311); que el abuso "pone límite al ejercicio, o al no uso del derecho, cuando se agravia... un interés ajeno no tutelado por norma jurídica específica; interés no incorporado al ordenamiento positivo como típico derecho subjetivo" (Luis Niel Puig, "Abuso del derecho", en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Libro homenaje al Dr. A. A. Alterini", p. 1078/9).

A mayor abundamiento he de decir que siendo que el contrato, como descriptivamente dice el texto del Art. 967 del Proyecto del Código de 1998, obliga "a lo que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias virtualmente comprendidas en él, conforme a su naturaleza", "teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte", las causales invocadas para la no rematriculación aparecen como excusas y no razones legítimas para intentar justificar la contradicción e incoherencia entre esa

conducta propia posterior y el haber aceptado al menor entre su alumnado, escaso tiempo atrás y sin haber variado la plataforma fáctica, incluido el aspecto personal, de una vinculación contractual por su naturaleza de duración, lo que hace abusivo el ejercicio de esa facultad, más aún cuando la decisión se adoptó en tiempo inoportuno, pasadas las dos terceras partes (2/3)del ciclo escolar.

Por los razonamientos valorativos probatorios, criterios jurisprudenciales y doctrinarios expuestos precedentemente, arribo a la convicción de que la demandada ha incurrido con su decisión en un actuar de antijuricidad en sentido lato, implicando con ello que se ha dado en autos la circunstancia de que la demandada actuó con abuso del derecho correspondiéndole como factor de atribución la responsabilidad por los daños sufridos por la parte accionante en la dimensión en que los mismos se determinen en el siguiente punto de este voto.

Por las razones expresadas corresponde hacer lugar a los agravios expuestos por la parte actora a fs. 999/1005vta. y revocar la sentencia en todas sus partes.

I. D) Atento a lo decidido precedentemente corresponde la aplicación de lo prescripto por los arts. 280 y 281 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo “A” –Digesto Jurídico –.

En cuanto al daño moral provocado, ha de computarse a los fines de su cuantificación, los padecimientos, angustias, sentimientos de zozobra, inquietud e inseguridad que todo desarraigo impuesto

por una exclusión escolar provoca; máxime cuando las condiciones personales de adaptación o integración eran las comprometidas, así como tengo presente el hecho de que ningún cambio es indiferente. Esa repercusión espiritual y anímica disvaliosa debe ser resarcida. Ni que decir de la incertidumbre en que fueron colocados los padres, debiendo emprender una nueva búsqueda de establecimiento educativo, con la sensación de fracaso por la elección anterior, el antecedente desfavorable de las razones de la desvinculación y los temores y dudas lógicas de una admisión dificultosa, amén de la preocupación acerca de su desempeño posterior con la insinuación de que algo especial era necesario. Obvia resulta la aflicción generada y subsistente hasta que tales incertidumbres fueron desapareciendo.

Otro factor a tener en cuenta es la confusión entre el déficit propio de las condiciones intelectuales superiores que la víctima por sí aporta, las dificultades de integración (específicamente a la imposibilidad de establecer relaciones duraderas con sus compañeros), con el daño distinto, independiente y directamente provocado por el colegio a través de su decisión.

En función de lo que llevo dicho, en uso de las facultades conferidas a la suscripta por el Art. 167, 3er. Párr., de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A – Digesto Jurídico -, es que estimo justo y equitativo fijar en concepto de daño moral a indemnizar por la demandada, la suma de pesos dos mil quinientos ($2.500) a cada uno de los padres y de pesos tres mil ($3.000) a favor del menor, en concepto de daño moral (arts. 522 y 1078 del

C Civil), suma sobre la que se aplicará a partir del 03/09/07 la tasa de interés activa de Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuento de documento de terceros y hasta su efectivo pago.

En lo referente a la indemnización peticionada por la parte apelante actora en concepto de daño psicológico (fs. 90/191), si bien es criterio de la suscripta que dicho concepto es autónomo al daño moral, no menos cierto es que el mismo, a diferencia del daño moral, debe ser debidamente acreditado por el peticionante.

Advierto que dicha carga no ha sido cumplida por la parte actora, ya que conforme emerge del informe de la pericia psicológica efectuada por la Lic. S. M. (fs. ref. 390), no se observan indicadores de patología psicológica que requiera psicoterapia al momento de la pericia (10/06/10). Ese dictamen no fue observado por la parte demandante, quien tampoco pidió explicaciones al experto, en los términos del Art. 477, Párr. 1ero., de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" –Digesto Jurídico-, y si bien no es descartable la posibilidad de que el afectado hubiese necesitado un tratamiento psicológico en forma inmediata al suceso, esa mera posibilidad no excede el ámbito de lo puramente conjetural e hipotético que no demuestra la existencia de un daño cierto ni, obviamente, que el hecho provocara en el menor una perturbación patológica de su personalidad. En síntesis, no probado el daño psicológico -prueba que incumbía a la parte actora (Art. 381, Ley XIII, nro. 5, Anexo A, Digesto Jurídico,)-, razones todas ellas por las cuales corresponde desestimar la indemnización por

daño psicológico solicitado por la parte a fs. 190/191.

I. F) Conforme la conclusión arribada en los puntos anteriores, carece de virtualidad jurídica el tratamiento del recurso de apelación sobre la regulación efectuada por a – quo a fs. ref. 973vta., pto. 2do. del fallo, 2da. parte., de los honorarios profesionales actuantes, planteado a fs. 1005 por la apelante actora.

I. D) Atento a lo decidido en el presente voto, las costas de ambas instancias se imponen en un noventa (90) por ciento a la demandada y en un diez (10) por ciento a la parte actora (arts. 282 y 72 Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" –Digesto Jurídico-. Difiero para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de la profesional interviniente, la que se efectuará de conformidad a la labor desarrollada, el mérito y extensión de la misma, la trascendencia para las partes según las pautas de la Ley XIII, nro. 4, Art. 13 - Digesto Jurídico-, antes Dto. Ley Pcial. Nro. 2200 y su modificatoria Ley Pcial. 4335, Art. 14).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

En caso de coincidir propongo como fórmula postulatoria la siguiente:

1) Hacer lugar parcialmente a los agravios expuestos por la parte apelante actora a fs. fs. 999/1005 y, en consecuencia, revocar la sentencia definitiva nro. 86 (fs. ref. 966/974) apelada, haciendo lugar a la demanda por daños y perjuicios entablada por los Sres. J. E. C. y la Sra. C. M. D., por su propio derecho y en representación de su hijo menor R. C. D. A., condenando a la E. I. M. M. SRL al pago dentro del

plazo de diez (10) días de la suma de pesos dos mil quinientos ($2.500) a cada uno de los padres y de pesos tres mil ($3.000) a favor del menor, en concepto de daño moral (arts. 522 y 1078 del C Civil, sumas sobre las que se aplicará a partir del 03/09/07 la tasa de interés activa de Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuento de documento de terceros y hasta su efectivo pago.

2) Rechazar la indemnización por daño psicológico solicitado por la parte a fs. 190/191.

3) Imponer las costas de ambas instancias en un noventa (90) por ciento a la demandada y en un diez (10) por ciento a la parte actora (arts. 282 y 72 Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" –Digesto Jurídico-. Difiero para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes, la que se efectuará de conformidad a la labor desarrollada, el mérito y extensión de la misma, la trascendencia para las partes según las pautas de la Ley XIII, nro. 4, arts. 5, 6, 7, 14 y ccdtes. -Digesto Jurídico-).

4) Tener presente la reserva del caso federal planteada a fs. 1013vta. por la demandada.

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

I) El Sr. Juez de la instancia de grado rechazó la demanda interpuesta por los Sres. J. E. C. y la Sra. C. M. D'A. contra la E. I. M. M. SRL. Impuso las costas a la actora y reguló los honorarios.

II) Tal decisión es apelada por los actores, quienes cumplen con la carga procesal de los arts. 262 y 263 del C.P.C.C.Ch .

Comienza los agravios señalando que lo trascendental es que se relegó el tratamiento del abuso del derecho en el que incurrió la demandada, frente a la rescisión contractual -arbitraria e intempestiva- del contrato de educación.

Transcribe parte del fallo e indica que una de las circunstancias merituadas por el juzgador han sido los documentos de evaluación del Instituto de Enseñanza Superior Liceo Militar General Roca por el período 2001/2006, y de manera parcial.

Transcribe a fs 1000, observaciones que dice no fueron advertidas por el a-quo, quien no obstante en el considerando 3° de la sentencia, valoró los boletines del liceo, sin embargo se limitó a transcribir fragmentos parciales y a conveniencia del historial académico del menor.

Marca el excelente rendimiento académico del educado.

Se refiere luego a lo decidido sobre el informe psicológico, el que pide sea merituado y enuncia conceptos sobre la evaluación psicológica.

Agrega que el informe no resulta extraño a la problemática planteada, ya que constituye un complemento para comprender que está ocurriendo con el proceso de enseñanza-aprendizaje del niño.

Descartada la excelsa capacidad cognitiva de Renzo, resta considerar la situación emocional en crisis del menor.

Transcribe parte del informe y arguye que deberá apreciarse que el mismo fue labrado el 20 de noviembre de 2007, cuando habían transcurrido 2 meses desde la

incausada y arbitraria decisión que terminó con la interpretación del ciclo educativo de R. en la institución que se demanda, en el que se refleja el daño inminente que sufrió el menor.

Alude a lo decidido respecto del testimonio de la Lic. M. S. A., ya que entiende que el sentenciante decidió arbitrariamente no valorar los extremos referidos en cuanto el menor no tenía problemas para integrarse, las manifestaciones sobre la tolerancia y que el joven se había quedado sin escuela.

Advierte precariedad en los fundamentos al expresar que la profesional no vio interactuar al menor, lo que cede ante los resultados del test psicométrico WISC III.

Agrega que la situación fáctica -el menor quedó sin escuela- es un hecho incontrastable (fs. 99/104).

Agravio inconmensurable produce el desecho de la prueba científica fundada en fingidas contradicciones, ausencia de conocimiento en la interrelación de R. C. y ausencia de ilustración de operaciones técnicas realizadas y fundamentación en la conclusión arribada.

Dice que las manifestaciones vertidas por el profesional deben ser entendidas desde dos plataformas de situación, que la entrevista fue realizada tres años después, de allí que el profesional diga que no se observan indicadores de patología psicológica en el momento actual, lo que no se contradice cuando expresa que psicológicamente esta experiencia tuvo su significado negativo, debido a que el conflicto no fue superado.

Indica que tampoco hubo ausencia de ilustración de

operaciones técnicas.

Manifiesta que el a-quo ligeramente reconoció la validez de los informes internos obrantes a fs. 233/235, los que fueron rechazados por la defensa por no haber sido puestos a su conocimiento.

Infiere la intencionalidad manifiesta en su confección, pues si durante los meses de mayo, junio y agosto de 2007, los directivos se hallaban en estado de alerta por la conflictividad que representaba el menor y su familia en la institución, se pregunta por qué no informaron a los progenitores responsables.

Alude a la situación de aflicción del menor en conceptos del juez, lo que considera agravia al menor con implicancia, pues el abrupto alejamiento del niño del colegio, en septiembre de 2007 provocó una afección importante.

Por último, se agravia por la regulación de los honorarios por considerarlos elevados.

Corrido el traslado, solicitan los demandados se declare desierto el recurso, subsidiariamente contesta los agravios y deja planteada la reserva de caso federal.

Doctrina y jurisprudencia, incluida la de esta Cámara, son contestes en que la expresión de agravios supone, como carga procesal, una exposición jurídica que mediante el análisis razonado y crítico del fallo impugnado se evidencia su injusticia. Requiere así una articulación seria, fundada, concreta y objetiva de los errores de la sentencia punto por punto y una demostración de los motivos para considerar que ella es errónea, injusta o contraria a derecho (Morello, Sosas,

Berizonce “Códigos Procésales Civil y Comercial Pcia. de Bs. As. Comentado y anotado”, T. III, pág. 335 y citas).

No obstante ello, es cierto que hemos adoptado un criterio amplio en cuanto al cumplimiento de lo que prescribe el Art. 268, en salvaguarda de la defensa en juicio y de principios de mayor jerarquía y es ante ello y aún advirtiendo la debilidad de los fundamentos he de tratar los agravios.

Asimismo, establece la norma procesal, Art. 390 C.P.C.C.Ch , que los jueces no tienen el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueran esenciales y decisivas para fallar.

Y observo que, sin perjuicio de las facultades que confiere el ordenamiento procesal, el Sr. Juez ha hecho valoración de todas y cada una de las pruebas agregadas, aún de aquellas que por la soledad de sus apreciaciones en nada modificarían su decisión.

Y de conformidad con la sana crítica formó su convicción respecto a la prueba y que, adelanto, comparto.

Daré razones. En principio resulta inconmovible lo decidido en punto a la prueba pericial y al informe psicopedagógico y la testimonial al respecto.

Es acertada la apreciación del sentenciante en cuanto a que el dictamen del perito no cumple con los requisitos exigibles por el ordenamiento procesal, dado que si bien enuncia los criterios utilizados para calificar y/o clasificar la observación no contiene el detalle de las operaciones técnicas realizadas y una

sólida fundamentación basada en principios científicos y técnicos propios de la especialidad, lo que sería suficiente para desestimarla.

Pero aún así, si se observan las respuestas, los puntos A, B, y C del actor, no fueron considerados en forma particular, sino global. Parte de la base de que no se observan indicadores de patología que requieran psicoterapia en el momento actual y es a partir de tal respuesta que el resto no resulta de conformidad con las reglas de la sana crítica (Art. 390 C.P.C.Ch), pues no resultan conducentes a los fines propuestos, ya que se trata de conclusiones de lo narrado por R. y sus padres y enuncia cuál debió ser la actitud de la escuela ante la situación planteada y que la profesional da por hecho.

Y en punto a las preguntas 1 a 8 presentadas por el demandado, si nos atenemos a la respuesta sobre la tolerancia, si bien comienza diciendo que no se observan mayores inconvenientes, describe el período adolescente para concluir que el comportamiento no es defensivo en sentido patológico, sino acorde a las actuaciones externas que afronta, se permite cuestionar y poner a prueba la inconsistencia de los límites y del discurso adulto, y esto resulta saludable tratándose de un adolescente.

Reitero, tal dictamen carece de fuerza convictiva y aún si se lo admitiera, esto último -"se permite cuestionar y poner a prueba la inconsistencia de los límites y del discurso adulto"- refuerza la postura del Sr. Juez.

Máxime cuando hay en la causa elementos

probatorios que demuestran acabadamente la conducta de R. y de sus padres, no solo en la escuela demandada, sino en otro establecimiento. Basta memorar que, en palabras de la Corte Suprema Nacional, para prescindir de un dictamen pericial de este género "se requiere cuando menos que se le opongan otros elementos no menos convincentes" (L.L. 1987-E-409, cons. 12). Sabido es que para apartarse los juzgadores de las conclusiones a que el experto arribara, deben hallarse asistidos por razones muy fundadas, pues si bien los magistrados forman sus propias conclusiones al respecto, es evidente que en cuanto ello importa la necesidad de apreciaciones críticas en un campo del saber naturalmente ajeno al hombre de derecho, han de apoyarse en otros elementos de juicio que permitan fehacientemente concluir el error o el inadecuado uso que el perito ha hecho de los conocimientos científicos que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado (doc. de los arts. 386 y 476 CPCC; Cf.: esta alzada, c. 13.428 S.D.C. 44/98, c. 22.201 S.D.C. 33/07, c. 268/08 S.D.C. 27/09, entre otras varias), elementos probatorios en contrario que en autos se encuentran presentes.

Pues si bien es cierto que los boletines del LMGR que fueron valorados por el sentenciante no se muestra acabadamente la conducta del menor en cuanto a lo disciplinario (se esboza alguna inconducta, ya que se puede observar recomendaciones tales como: “debe cuidar algunos modales”, “logró corregir modales”, “cuidar el comportamiento”, “intenta mejorar el comportamiento”, “se aprecia mejor comportamiento”, fs. 23/58), se

complementa con lo que surge de fs. 642 y siguientes, de todo lo que el Sr. Juez ha hecho detalle pormenorizado, que da una muestra acabada de la relación del niño con el grupo escolar, lo que se contrapone con los deberes que el Reglamento General de Escuelas al que hace mención en la sentencia, a lo que agrego lo que disponen los artículos 86 y 87, no estando en discusión el nivel académico de R..

Nivel que surge de los conceptos de la escuela, y del informe de la psicopedagoga, "con una madurez poco común a su edad cronológica", "Esto en algunas oportunidades le genera dificultades a la hora de relacionarse en los grupos específicamente escolares. Pero, como bien lo considera el Sr. Juez, debe ser apreciado estrictamente y aún cuando tal situación hubiese sido desagradable, humillante y estresante, no resulta cierto, por el análisis que efectuaré, que R. se haya quedado sin escuela.

Asimismo, cobran importancia los dichos de la psicopedagoga en punto a que su aporte es parcial, ya que el mismo surge de las entrevistas con una sola de las partes.

Y del resto del material probatorio -testimonios de los docentes de ambas escuelas-, surge en concordancia con lo que dijera la psicopedagoga que la conducta del joven lo ponía en dificultades no solo con sus compañeros, sino respecto de sus superiores.

Conducta que se veía apoyada por sus padres, lo que se desprende de los constantes cuestionamientos que realizaban verbal y por escrito a los profesores.

"Las relaciones entre los integrantes de la

comunidad educativa en su dinamismo y ser internos, deben estar basadas en la máxima cordialidad, mutuo respeto y espíritu de justicia. Unos y otros deberán mantener una fluida comunicación que asegure una efectiva interacción" (Reglamento General de las Escuelas dependientes del consejo Provincial de Educación del Chubut. Capítulo I – De la comunidad Educativa. Artículo 2).

Se queja ante la valoración de la prueba de fs. 215 a 217, que fuera desconocida oportunamente. Consta que el Sr. Juez al proveer la prueba admitió el reconocimiento de la misma que fue efectuada a fs. 902 y 903.

Ella aún con el valor relativo que pueda darle como lo pretende la quejosa es una síntesis de lo probado a través de las constancias de la causa. Y particular consideración merece, y como dijera haré mención, es si, ante la conducta del alumno, el mismo fue expulsado, se quedó sin escuela y ello produjo un daño que debe indemnizarse.

Con fecha 4 de septiembre de 2007, se labra acta donde se consigna que el día 8 de agosto se solicitó a los padres que busquen otra institución a la que pueda concurrir el hijo, detallando motivos. En la misma acta se otorga un nuevo plazo para que se concrete el pase a otra escuela, aclarando que bajo ningún concepto se renovará la matrícula del alumno. De todo ello fueron notificados los padres el 5 de septiembre de 2007.

De ello se desprende que si bien se ponía un plazo, no se impidió seguir concurriendo, más: se aclaró que el año próximo no se lo matricularía, en

consecuencia. no surge de lo valorado que haya habido expulsión por parte del colegio.

Ante los requerimientos de la Escuela con fecha 3 de septiembre de 2007 se logró, como surge de fs. 656, el Pase al Colegio “C.” que fue reconocido por la Sra. Directora del establecimiento a fs. 218.

De lo dicho se desprende que cuando los padres dan origen a la Escritura ***, ya contaba el alumno con el pase en otra escuela, lo que demuestra que la incorporación fue inmediata.

Si a ello le agregamos, de acuerdo a las pruebas incorporadas, que el alumno nunca tuvo una buena relación con sus compañeros, que no puede hablarse de desarraigo, ya que era el primer año que concurría, pues había transitado por otros establecimientos, que menos aún se ha acreditado la invocada causa del inicio “de un escollo que incidiría sobre su integridad espiritual y moral” (fs. 178), la decisión del sentenciante es la que debe prosperar.

El principio constitucional de la libertad de aprender y enseñar, como la obligación del estado de brindar enseñanza gratuita (Constitución Nacional, arts. 5, 14 in fine; Constitución Provincial, Art. 35), otorga a los padres la facultad de elegir libremente el instituto educativo para los hijos. Se ha dicho que "El derecho de enseñar no crea la correlativa obligación de quien imparta enseñanza deba hacerlo hacia aquellas personas o individuos a quien no desea impartirla, perteneciendo a las autoridades del colegio, dentro de un razonable marco de discreción, los lineamientos trazados por el reglamento, al que padres y alumnos, se

ha sometido al incorporarse los menores al mismo" (CC Com., La Plata B 85029 RSD- 334-96, 25-11-96, citado en causa de esta Sala n ° 49.266 del 12-9-2001).

Entendió la perita que no se observan indicadores de patología que requiera en el momento actual psicoterapia, y sabido es que el daño psíquico se configura cuando se produce una alteración profunda y permanente de la personalidad, en otras palabras, una perturbación permanente del equilibrio emocional de la víctima, que dicha descompensación sea realmente significativa al punto de impedir y/o dificultar la integración del individuo en el medio social - arts. 1068 y 1083 del CCiv. En los presentes, si bien la situación pudo crear algún deterioro de la autoestima, no se ha acreditado que aquel haya provocado consecuencias permanentes.

Encuentro entonces, que no ha habido actitud antijurídica de los directivos del colegio, que en el marco del derecho civil pueda considerarse causal de las eventuales consecuencias que el pase de colegio podría haber producido en el menor o sus padres (arts. 1066, 1071, Código Civil) - 001).

La noción de daño moral, por ende, se halla vinculada con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión a los sentimientos personales, afecciones legítimas o tranquilidad anímica. Pero también la teoría ha cuidado de aislar de ese territorio aquellas situaciones no asimilables como son los simples trastornos, las inquietudes, dificultades o perturbaciones que están en el riesgo propio de las vicisitudes o contrariedades que se suscitan en

cualquier contingencia de la vida en sociedad. A su vez, también se descartan aquellas repercusiones reflejas, susceptibles de reproche, que sin embargo, responden a los criterios puramente subjetivos, pero desde luego escapan a las reglas y principios regulatorios del derecho al resarcimiento de tal categoría de daños ("Daño moral colectivo", Morello, Augusto M.; Stiglitz, Gabriel A., La Ley 1984-C, 1197; "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Responsabilidad Civil Daño Moral", Edgardo I. Saux – Director- Tomo I, La Ley, Volumen 5, pág. 25).

En relación con los honorarios regulados, constato que se han seguido las pautas arancelarias vigentes, atendiendo al monto reclamado, el trabajo profesional, el resultado obtenido y lo que disponen los arts. 5, 6, 7 y 9 de la ley arancelaria. En consecuencia confirmo los mismos.

Las costas de esta instancia, al actor vencido por no existir mérito para apartarse del principio objetivo de la derrota.

A fin de regular los honorarios de esta instancia, tendré en cuenta iguales parámetros de los valorados para confirmar los de la instancia de grado y lo que dispone el Art. 13 de la ley de aranceles.

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

1) Desestima los agravios de la parte actora y confirma la sentencia de fs. 934/942.

2) Impone las costas al apelante y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación de la parte actora contra la sentencia definitiva nro. 86/2011 del Juzgado Civil nro. 2 de la jurisdicción (fs. 966/971, fs. 976).

La sentencia venida en crisis rechazó la demanda interpuesta por los Sres. J. E. C. y la Sra. C. M. D'A. por su propio derecho y en representación del hijo menor de edad R. C. D'A. contra la E. I. M. M.. El juez a quo impuso las costas a los accionantes y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

A fs. 999/1005 se encuentra agregado el memorial de agravios de la parte actora, los motivos de queja han sido detallados por la magistrada que emitió su voto en segundo orden, por lo cual se encuentra cumplimentada la carga procesal, y es válida la abstención de relatar los agravios por encontrarse fuera de la manda constitucional; la reiteración superflua, no obstante efectuaré una apretada síntesis.

No fue adecuadamente tratado por el sentenciante al abuso de derecho en el que incurrió la demandada. La valoración de la prueba en particular los documentos de evaluación del Instituto de Enseñanza Superior Liceo Militar General Roca. Señala los documentos sobre el niño que el juez no valoró sino en forma parcializada, y no puede prescindirse en esta instancia del excelente rendimiento académico. Descartó el informe psicopedagógico por carecer del detalle de los principios científicos en que respaldó su dictamen. Dicho informe había sido labrado dos meses después de la incausada y arbitraria decisión que determinó la

interrupción del ciclo educativo de R. en la institución de la demandada. No existió contradicción en el dictamen porque el perito dijo que no requería tratamiento en el estado actual, pero que la situación vivida había tenido efecto negativo. El hecho que la situación depresiva no se mantenga reactiva, no autoriza el desconocimiento de todos y cada uno de los padecimientos sufridos a causa del mal trato institucional, tampoco anula el resarcimiento frente al daño provocado cuando en séptimo grado se tuvo que alejar de la institución.

El juez reconoció los documentos internos obrantes a fs. 233 a 235 que jamás habían sido puestos a conocimientos de los actores, además, no informaron a los padres que en los meses de mayo, junio y agosto de 2007 la institución se hallaba en estado de alerta por la conflictividad del menor. Son informes internos que carecen de valor.

A fs. 1009/1014 fue contestado por la demandada. Peticiona la declaración de deserción del recurso. Dice que del análisis de la prueba en la sentencia surge el nivel de intolerancia inaceptable de los padres y el menor hacía sus compañeros, superiores y las pautas pedagógicas. Dice que fue invitado a buscar otra institución consignándose al momento de realizar el acta notarial se infiere que si el menor no solicitaba el pase para el 2007 continuaría en la escuela. Los padres aceptaron la sugerencia y el 3 de septiembre de 2007 ya habían inscripto al menor en otro colegio, no obstante ello el 5/9/2007 hicieron otra acta notarial tratando de preconstituir prueba sobre la presunta

expulsión. Sostiene la valoración del informe por parte del a quo y relata la relación con los progenitores del alumno. Hace reserva del caso federal.

La representación promiscua del menor concluye que el derecho a la educación involucrado en la causa no se vio vulnerado.

A fs. 1016 se evacuó la vista del Ministerio pupilar.

Análisis.

Es indudable que el Juez debe pronunciarse sobre todas las cuestiones de la pretensión y de la contestación; es decir, sobre las cuestiones esenciales cuando su consideración tenga influencia en la resolución del caso y no aquellas que carezcan de tal aptitud.

Ingresando al planteamiento de la parte recurrente, advertiré que los Jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquellas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (CSN, noviembre 8-1981, "Dos Arroyos SCA c/ Ferrari de Noailles", en "Actualización de Jurisp.", N 1440, La Ley, 1981-D, pág. 781; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 32/90, 172/00 entre muchas otras).

Tales cuestiones esenciales son esas que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que -por su naturaleza- influyen preponderantemente en el fallo, las vinculadas a la dimensión cuantitativa

del objeto de la pretensión (SCBA, Ac. 21917, DJBA, T. III, pág. 15, ídem Ac. 35221, "Ramos de Pagella c/ Escot", 22-4-86).

Efectuadas estas consideraciones previas, pasaré a continuación a tratar las quejas planteadas por los recurrentes.

Tuvo por acreditado el juez a quo que en agosto de 2007 el colegio había comunicado a los padres que no sería aceptado en el colegio y que en septiembre de ese año el niño había sido inscripto en otro colegio.

El objeto de la acción es de daños y perjuicios por rescisión contractual abusiva de la demandada (fs. 175vta).

Relata que inició la actividad escolar a los 6 años en el liceo General Roca hasta 2do. año EGB, lo cambiaron porque se negaban a la educación militar. Habiendo sido negada la matrícula en el colegio A. L. deciden inscribirlo en la institución demandada. Relatan situaciones de conflicto vividas en el colegio y que el 15 de agosto de 2007 le comunican que el niño no podía continuar en el establecimiento. El 3/9/2007 al pagar la cuota el padre no le es recibida. Endilgó el ejercicio abusivo en el ejercicio de la facultad resolutoria/rescisoria del contrato de enseñanza, que debía dejar el colegio en 24 h. Y se prolongó por 15 días hasta que consiguieron el pase al colegio Cervantes; contraría el principio rector del Art. 1071 y 1197/118 del CC.

En cuanto a la valoración de la prueba efectuada por el sentenciante de grado, advierto que de fs. 110 hace referencia al “muy buen comportamiento, debe

cuidar algunos modales", respecto del ítem integración con sus pares la calificación es muy buena y ha logrado integrarse con sus pares. En proceso" (fs. 111), en comportamiento calificación sobresaliente y como apreciación conceptual "ha logrado corregir modales", "ha logrado integrarse al grupo" y la calificación es distinguida respecto a ese ítem" (fs. 112 en igual sentido).

Fs. 128: disciplina muy buena, "afianzar tolerancia hacia situaciones de convivencia" y mantiene el distinguido en la relación con la institución que dice "se adecua al ideario institucional". A fs. 129 la integración con sus pares: "distinguido" y sobre comportamiento "distinguido" y la apreciación conceptual igual. Fs. 134: en comportamiento "muy bueno" y apreciación conceptual: "continúa superándote en las normas de convivencia", la integración con sus pares es muy buena.

Fs. 135: comportamiento calificación, "muy buena" apreciación personal, "sigue esforzándote en las relaciones".

Es evidente que existió una actitud por parte de R. que lleva a la institución a formular esas frases de aliento y motivación respecto de su conducta, no obstante ello siempre fue calificado de buena, muy buena y hasta distinguida, que si su conducta hubiere sido problemática como dicen los demandados no hubiera obtenido esas calificaciones de las fs. 110 a 143: "buena, muy buena y distinguido". En los primeros años de colegio obtuvo conducta buena y a partir de fs. 122, muy buena y distinguida, sobresaliente con respecto a

los años 2003/2004 y 2005 y termina el ciclo 2006 con distinguido y muy bueno. Siempre refiriéndome al variable comportamiento e integración con los pares e institución (fs. 898, reconocimiento documental fs. 23 a 46 vuelta; fs. 903, COMTE y BELFIORE reconocen la documental de fs. 213 a 217). A fs. 894 la testigo Miranda al ser preguntada sobre la conducta de los padres contestó: "papás muy presentes acompañando a su hijo y atentos, al ser hijo único, de su sociabilidad sea sin obstáculos".

Con respecto al informe psicopedagógico fs. 105/107 no es un peritaje, sino un informe profesional prueba de parte que no se impone en su alcance procesal a un peritaje forense. Dictamen que si lo hubo y los fundamentos para apartarse del a quo no reúnen contundencia tal como para justificarlo. Pues la circunstancia de que no viera al niño interactuar con sus compañeros no implica que no pueda valorar desde su conocimiento científico sus aptitudes para vincularse; es más, sería pedirle al experto un viaje al pasado, es como afirmar que no puede un perito mecánico evaluar circunstancias fácticas de la mecánica de un accidente de tránsito ocurrido tiempo antes, más allá de su ausencia el día del hecho. En cuanto a los fundamentos del dictamen a fs. 389 (refoliado 836), la psicóloga informante expresa los criterios para calificar, los manuales de diagnostico que detalló a nivel nacional y la bibliografía.

A fs. 389/329 (refoliado 836/839) obra la pericial psicológica, que no fuera impugnada ni objetada por las partes, no advierto la contradicción a la que hace

referencia el sentenciante de grado: “de las dos partes que mantuvieron el conflicto, quien tenía una responsabilidad mayor de rol es el establecimiento educativo. Que el conflicto se pusiese en términos personales no favoreció emocionalmente al alumno y a su familia. No se utilizaron las herramientas adecuadas para resolver el conflicto áulico en términos de igualdad, reciprocidad y pautas educativas resilientes. Se interpretó la autoridad necesaria en cualquier ámbito, sea familiar o educativo y, entre otros jóvenes y adultos, como la capacidad de sancionar exclusivamente generándose una situación incómoda en términos de reinserción escolar, que en mi opinión profesional era evitable” (fs. 839).

La pericia oficial es la ilustración con que se lo dota al juez que no puede ser versado en todas las ciencias y en todas las artes, de tal guisa “... la prueba pericial oficial ocupa un lugar preeminente, pues si bien carece del carácter de prueba legal, por lo cual el juez puede formar su convicción con el apoyo de otros elementos probatorios, no puede apartarse de lo dictaminado sin razones fundadas, en tanto se trata de materia técnica y que escapa a su conocimiento personal... El perito oficial ofrece siempre la garantía de una mayor imparcialidad,...” (elDial.com AA 6C9F).

A fs. 867 se tuvo presente la impugnación para el momento del dictado de la sentencia, por lo dicho, esta no prospera.

Más aún, de fs. 888 a 892 declara la psicopedagoga A. y al ser preguntada si tiene una personalidad o

faltas de respeto hacia las personas mayores esta contestó: "es importante destacar que como psicopedagoga mi aporte se circunscribe más a las condiciones como niño, como alumno, como aprendiente y de ahí es que puedo aportar. Desde esta mirada, me pareció un chico correcto, cuestionador como dije anteriormente, eso puede potencialmente incomodar a los demás, no observé indicadores de que fuera irrespetuoso o impulsivo pero considero que quizás un psicólogo hubiera aportado de un modo más profundo en los aspectos de personalidad. Teniendo en cuenta con las técnicas con las que trabajé en su momento, en particular las proyectivas vinculadas al aprendizaje, pude observar un elevado nivel de exigencia en relación a sí mismo y en relación a los otros, pero no se observaron indicadores de agresividad o impulsividad o baja tolerancia a la frustración". Coincide la testigo A. en sus apreciaciones al responder la pregunta 22 que los problemas de competencia que atraviesan los niños deben ser tratados en grupo y con sus padres. Si bien no puede ser comparado al perito de oficio, que no puede ser considerado un auxiliar del juez, totalmente ajeno a la causa, debe reconocerse capacidad e idoneidad y como ocurrió en la especie expuso su visión en la declaración que detallé.

El boletín (fs. 93 y vuelta), comportamiento "muy bueno", contraría sus propias manifestaciones. Cabe preguntarse si ha sido un cambio que se produjo después, a raíz del conflicto detallado en el relato del libelo de inicio, que fue expresamente negado en la contestación de demanda a fs. 670, sobre lo que nada se

dijo en la sentencia, lo que considero como respuesta afirmativa.

Las declaraciones testimoniales resultan insuficientes para rebatir las afirmaciones del perito.

Retomando el informe del perito al afirmar que el conflicto se puso en términos personales, no favoreció emocionalmente al alumno y a su familia. “No se utilizaron las herramientas adecuadas para resolver el conflicto áulico en términos de igualdad, reciprocidad y pautas educativas resilientes”.

Teniendo en consideración que la resiliencia o resilencia es la capacidad que tiene una persona o grupo de recuperarse frente a la adversidad para seguir proyectando el futuro (ver Melillo, Suárez O., “Resiliencia. Descubriendo las propias fortalezas”, ed. Paidós, Bs.As.-2001, págs. 19 a 30 y 83 a 102), coincido con el profesional y, en consecuencia, recepto los agravios de la parte actora.

Coincido con la vocal que emitió su voto en primer orden respecto de los derechos constitucionales de aprender y enseñar, así como el derecho de admisión, “toda vez que la prerrogativa del educando o su familia de hacer efectivo el derecho de aprender, colisiona con la pretensión del establecimiento o institución de elegir a quién enseñar” (eldial.com, AA 3EB4). La presente situación concierne a la continuidad del servicio educativo. Así también, el derecho de admisión, como libertad de contratar, no se compadece con los nuevos horizontes del Derecho contractual, que intenta construir respuestas de mayor justicia. Los padres que eligen un establecimiento escolar lo hacen

con el convencimiento de que -salvo situaciones excepcionales- su hijo transite allí todas las etapas de los ciclos educativos. Y lo mismo sucede con la institución, que proyecta en sus educandos su propia historia. Lo expuesto no quiere decir que en tal caso el establecimiento no pueda extinguirlo, pero parece razonable que deba motivar su decisión.

Por todo lo expuesto, considero que el colegio tuvo una conducta antijurídica en la decisión adoptada. La concepción del derecho subjetivo como un "poder" concedido por el ordenamiento jurídico puede parecer que da una base normativa a la afirmación de que cuando se usa el derecho no se causa daño a nadie, en cambio, la concepción del mismo como interés jurídicamente protegido hace más evidente la circunstancia de que el ejercicio de un derecho siempre ha de estar subordinado a la finalidad para la que fue concedido, que es lo que legitima el poder de obrar. De ahí que sea posible cometer un "abuso" bajo la apariencia y la alegación formalmente cierta de que se ejercita un derecho ("Código Civil y Normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Alberto J. Bueres y Elena I. Highton, 3-A, pág. 1199).

En cuanto al monto indemnizatorio y los rubros reclamados, entiendo que "si bien se ha sostenido que la indemnización de daños y perjuicios lleva implícita la realidad de estos, para su establecimiento judicial, se requiere la comprobación suficiente de tal realidad (CS, 1-11-99 "Rosa, Carlos A. c/ Estado Nacional", RED 35-521, p, VIII-A-101)".

Considerando que el daño psíquico se configura por

la alteración o modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica. El trauma se caracteriza, según explica Weingarten, por un estímulo súbito de inusual intensidad, que sorprende y desarticula la arquitectura simbólica del aparato psíquico (Carlos A. Ghersi, "Daño moral y psicológico", pág. 205, ed. Astra-2002). De la ausencia de constancias en autos deviene el rechazo de la petición por cuanto no ha surgido que configure el daño en los términos aludidos.

En cuanto al daño moral, tengo en cuenta también el informe del a quo en la entrevista con el niño, el dictamen pericial al que referí.

Con relación al daño moral contractual el Art. 522 del CC contempla la procedencia del resarcimiento, para lo cual el juzgador deberá tener en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso. no es exigible prueba cierta de la afectación espiritual en sí misma, sino de las características de los hechos que constituyen el incumplimiento, de manera tal que permitan presumir la vivencia de esa conmoción íntima que configura el daño moral (CNACIV, SALA C, "FCFFAA s/ DAÑOS", septiembre 12-95).

Asimismo, tengo en especial consideración respecto de los padres y del niño a los fines de la cuantificación los padecimientos, la inquietud e inseguridad que todo desarraigo impuesto traducido en una expulsión genera. Con lo analizado y detallado he de afirmar que los demandados no llevaron a la

convicción en este estadio de revisión que el incumplimiento incurrido al rechazar al alumno en el mes de septiembre a continuar su presencia en el colegio fue justificada, sino todo lo contrario.

Que el informe de la defensora promiscua solo hizo hincapié en que el derecho a la educación no fue vulnerado, pero el pleito versó en la lesión que el incumplimiento del contrato intempestivo causó; en el daño causado por esa actitud que llevó a la parte actora a buscar otro colegio y la afectación espiritual que ello produjo.

En este orden de ideas estimo apropiado el monto propuesto por la Sra. Camarista Dra. Melero y lo hago propio.

Las costas, atento a cómo fue decidida la cuestión y por imposición legal, se modifican, imponiendo en la instancia de grado y en esta Alzada en forma proporcional ateniendo a cómo fueron resueltas las cuestiones respecto de éxito obtenido por cada parte en un 90% a la accionada y en un 10% a la actora (Art. 72 y Art. 282 del Jurídico Ley XIII).

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Por coincidir con la Dra. Melero doy por reproducida la formula postulatoria.

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

SENTENCIA:

1) Hacer lugar parcialmente a los agravios expuestos por la parte apelante actora a fs. fs. 999/1005 y, en consecuencia, revocar la sentencia

definitiva nro. 86 (fs. ref. 966/974) apelada, haciendo lugar a la demanda por daños y perjuicios entablada por los Sres. J. E. C. y la Sra. C. M. D ´ A., por su propio derecho y en representación de su hijo menor R. C. D´ A ., condenando a la E. I. M. M. SRL al pago, dentro del plazo de diez (10) días, de la suma de pesos dos mil quinientos ($2.500) a cada uno de los padres y de pesos tres mil ($3.000) a favor del menor, en concepto de daño moral, sumas sobre las que se aplicará, a partir del 03/09/07, la tasa de interés activa de Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuento de documento de terceros y hasta su efectivo pago.

2) Rechazar la indemnización por daño psicológico solicitado por la parte actora a fs. 190/191.

3) Imponer las costas de ambas instancias en un noventa por ciento (90%) a la demandada y en un diez por ciento (10%) a la parte actora.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia al Dr. Fernando Vargas Martínez en el veinte por ciento (20%), a los Dres. N. B. L. de E., J. F. L. G., G. A. B. y C. R., conjuntamente, en el dieciocho por ciento (18%) y a la perita psicóloga S. M. en el dos por ciento (2%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. F. V. M. en el treinta y cinco por ciento (35%), a los Dres. N. B. L. de E., J. F. L. G. y G. A. B., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular

sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado.

6) Tener presente la reserva del caso federal planteada a fs. 1013vta. por la demandada.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 39 DEL AÑO 2012
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "C y C"