En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de febrero del año dos mil diecisiete, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Julio Antonio Alexandre, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y del señor juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"S., E. F. y otra c/ PROVINCIA DEL CHUBUT s/ SUMARIO"**, **expte. nro. 336/16**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 280/12), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 569), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 529/544vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia de fs. 529/544vta., en punto 1, rechaza la excepción de prescripción interpuesta por la provincia de Chubut. 2. Hace lugar a la demanda contra la provincia de Chubut como titular de un establecimiento educativo estatal y la condena al resarcimiento de A. P. S. E. por la suma de $563.400, de E. F. S. y de C. G. E., en la suma de $88.400 a cada una, lo que totaliza la suma de $736.200, con más los intereses que señala de la toma de conocimiento del daño por el Ministerio Público Fiscal, el día 28/8/2006 y desde el 2/10/2014 por el daño psíquico como integrante

del daño emergente o patrimonial. 3. Impone las costas del proceso a la parte demandada. 4. Declara la mora a partir de los 10 días de la firmeza de lo dispuesto. 5. Regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

Por la provincia de Chubut se apela a fs. 550 y el recurso se concede a fs. 551.

Los agravios se oponen a fs. 559/563. Menciona de inicio los montos reclamados señalando los rubros indemnizatorios pretendidos inicialmente por cada parte y continúa con los dispuestos en la sentencia de condena, con breves notas en la forma de integración de las sumas indemnizatorias resultantes. Opone entonces el primer agravio: Daño moral de los padre de la menor E. F. S. y C. G. S..

Por empezar –dice la recurrente– la pretensión de la parte actora no contiene el reclamo por daño moral por derecho propio; que en el Cap. de escrito de demanda titulado “Daño”, se refieren al daño psicológico y moral de la niña Ana P., pero de los padres solo señalan el sufrimiento por daños materiales y psicológicos y que inclusive la prueba pericial está dirigida como psicológica, sin ninguna vinculación con el daño moral. Impugna entonces la afirmación del sentenciante que “los padres de la menor reclaman por derecho propio el resarcimiento del daño moral”Concluye en consecuencia con fallos de jurisprudencia, que la sentencia ha incurrido en incongruencia y se encuentra resolviendo más allá de lo peticionado.

Segundo agravio: cuantificación del daño moral.

Señala cuáles son los fundamentos del fallo, que se está frente a un caso de responsabilidad contractual del Estado, de carácter directa y objetiva y que no se

exime demostrando su falta de culpa o dolo. Que asimismo nace una obligación de seguridad que representa una verdadera obligación de resultado.

Sostiene entonces que la crítica tiene que ver con su cuantía y que impugna como notoriamente excesiva y desproporcionada de los precedentes jurisprudenciales; que no pretende minimizarse ni poner en duda la lesión moral y espiritual de la menor, pero reitera el apartamiento de la casuística. Contrapone que precisamente por la naturaleza de la obligación estatal, debe estarse a una reparación y no a un enriquecimiento indebido. Cita doctrina que enmarca la importancia de los antecedentes y sin perjuicio de sus pautas flexibles, se alcance cierta uniformidad. Individualiza casos comparativos y respecto al criterio de los antecedentes y peticiona finalmente se haga lugar y los agravios y revoque la sentencia, con costas.

Los agravios son contestados en representación de la parte actora a fs. 565/566vta.

Análisis de los agravios:

Puesto en controversia una suerte de desborde del fallo encasillando el daño psicológico y luego sin mayores explicaciones al llegar a la conclusión, dice que los padres de la menor solicitan por derecho propio la indemnización del daño moral, tiene solo una aparente insuficiencia. Ello, que debía tender expresamente a la hora de dicha frase el puente de la lógica jurídica como intérprete de la adecuación. Estimo que es lo que podría observarse sobre el punto, pero no por concepción equivocada del fallo en grado de incongruencia donde se peticiona una cosa y se concede otra.

El examen integral de la sentencia daba la respuesta sobre el punto, advirtiendo que explicita a fs. 540, punto 9.2, respecto al resarcimiento del daño psicológico y dice que el daño psíquico no constituye

un daño autónomo. Y a párrafo seguido, donde expone que los actores peticionan el resarcimiento del daño moral y psicológico, que será daño emergente en la afectación de beneficios frustrados o si se encuentran en los sufrimientos que el hecho pudo ocasionar, se tratará de un daño moral, todo con la desembozada cita de la propia obra del jurisdicente.

Bien defendió tal concepción la contraparte al responder los agravios, citando al pie de foja el fallo de esta Cámara en el mismo sentido. Es el modo de la jurisprudencia con el que se resuelve la cuestión, no es autónomo, pero es admisible se lo reclame separadamente para una mejor cuantificación del daño moral. La sustancia espiritual que posee la noción de daño moral muestra una coincidencia fáctica con la lesión psíquica (cf. "Elementos de juicio en citas", de Rep. J.A. 1997, pág. 476, nros. 221, 222, 223, 224).

Con los alcances precedentes se rechaza que se concede jurídicamente más allá de lo peticionado y con ello de igual modo el primer agravio interpuesto.

Segundo agravio: cuantificación del daño moral.

Ya se ha visto que el agravio reposa sobre los montos indemnizatorios como excesivos, sin poner en duda la lesión moral y espiritual que el hecho dañoso produjo en la menor, entendiendo que el justo equilibrio tiene como una de sus aristas -sin perjuicio de las circunstancias de personas, tiempo y lugar- con los antecedentes jurisprudenciales afines.

Va de suyo que la sola alusión a la cuantificación del daño en razón de la niña, deja firme las indemnizaciones establecidas en función de las padres.

Por lo demás, las coactoras rechazan un exceso en la cuantificación, rechazando una suerte de disparidad

en los propios conceptos de la sentencia al otorgar el monto de $400.000 por daño moral, que si son conforme con lo solicitado, es lo probado y debidamente sentenciado por el magistrado y que el órgano Poder Judicial debe dar un claro mensaje a la ciudadanía, que la cuestión es independiente de los demás casos y en definitiva que la suma resulta justa. Contrapone asimismo en disfavor de la recurrente que no activara la citación de la condenada por el delito que originara la demanda de autos, a cuyo respecto se la tuvo por desistida por dicho motivo.

Si bien los antecedentes jurisprudenciales otorgan un marco referencial, el tiempo transcurrido con valores que variaron notoriamente en todos los órdenes y las particularidades del caso, donde la guarda educativa troncha la conducta inocente de una niña de cuatro años al momento del hecho, circunstancias que dejan un amplio margen evaluativo de extrema singularidad y por lo tanto no comparables a la casuística exhibida. Es el grave agravio moral que a partir de la ofensa a los pocos años de una vida en formación, ha traumatizado notoria y largamente el curso de su existencia a la que hoy, ya adolescente, vive –como lo señalan los informes de fs. 290 y 343– con notorias dificultades de relación social, de dispersión ante tareas que debiera realizar y actitudes de temor en exceso ante llamado de atención por parte de un adulto.

Las testimoniales de Báez (fs. 316) y Pilato (fs. 328/329), conocedoras del trato de la niña por muchos años, revelan el cambio de una persona afable y de fácil relación, hacia una conducta retraída y de enorme retracción a no separarse de su mamá.

Se entiende la contestación de la actora a la pretendida reducción de la cuantía establecida por daño

moral, cuando debió traer a juicio la autora directa del agravio y eventual corresponsable del hecho. Es que en la imputación delictiva que proviene del fallo de la Cámara Penal de la jurisdicción, resulta aplicable el concepto del agravio moral preconizado hace ya largo tiempo por el Dr. Morello. En su trabajo "Carácter resarcitorio y punitorio del daño moral en pro de una posición funcional" (J.A. 27-1975-342), insiste en el cometido funcional de las instituciones jurídicas y en tanto son ellas recursos de técnicas al servicio de las necesidades del hombre, "habrá que alejarse de las agobiantes y estériles disputas de escuela" sobre la desafortunada naturaleza jurídica del daño moral (resarcitoria o punitoria), para otorgarlo desde un punto de vista funcional, con carácter indemnizatorio. Señalan entonces los fallos de esa última década de las Salas de la Cámara Nacional Civil de la Capital, que categóricamente concluyeron que la indemnización en concepto de daño moral tiene carácter punitorio, ejemplificador y no resarcitorio; mirando no tanto del lado de la víctima, sino por la del ofensor.

Por todo lo expuesto debe confirmarse el criterio y cuantificación del daño moral establecido por la sentencia de primera instancia.

En resumen, se rechazan los agravios interpuestos por la parte demandada, con costas por imperio del art. 69 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico. Para regular los honorarios rige la Ley XIII N° 4, arts. 5, 6, 8, 9, 13 y concords., el mérito de los trabajos profesionales y su resultado.

Propongo los honorarios del Dr. M. M. A. en 30% y los de la Dra. I. A. M., en 28%, de los regulados por cada parte en primera instancia.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Rechazar el recurso interpuesto por la provincia de Chubut, fundado a fs. 569/563, contra la sentencia de fs. 526/544vta., la que se confirma en todas sus partes.

2) Costas de la alzada a la parte demandada, a cuyo fin propongo la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes de conformidad al considerando respectivo.

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios. Remisión:

El alcance del fallo dictado, los datos del recurso, el contenido de la expresión de agravios y de su contestación han sido detallados por el primer votante; a tales consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios:

La demandada impugna, como lo ha precisado el colega preopinante, únicamente la procedencia del daño moral de los padres de la niña y su cuantificación; por supuesto, en ese orden daré tratamiento a las cuestiones sometidas a revisión.

2.a. La crítica de la recurrente se centra en una supuesta vulneración al principio de congruencia por cuanto afirma que ese daño no fue reclamado.

El argumento esgrimido se desentiende de la lógica del pronunciamiento.

En efecto, el juzgador de grado ha sostenido la falta de autonomía del daño psicológico reclamado explicando su proyección ora en la esfera patrimonial ora en la extrapatrimonial de la persona damnificada; de-terminando que, en el caso concreto, se verifica claramente una grave lesión en la esfera extrapatrimonial de la madre y el padre de la niña. Con

base en tal premisa, fácil es colegir que los agravios son insuficientes para fundar un pronunciamiento distinto.

Huelga recordar que el recurso de apelación, para ser técnica o formalmente idóneo, debe trasuntar un ataque pertinente, razonado y suficiente del sustento fáctico y jurídico del pronunciamiento recurrido. Es pertinente si apunta a las consideraciones o razonamientos que constituyen el

verdadero sostén del fallo; razonado, cuando explicita mediante una argumentación crítica y fundada de los motivos por los que se estima que el decisorio resulta injusto o contrario a derecho y suficiente cuando involucra la totalidad del respaldo jurídico-legal de lo decidido.

En el caso, este recaudo aparece manifiestamente incumplido de modo tal que subsisten motivos que de manera individual y autónoma permiten sostener la resolución impugnada.

Sin perjuicio de ello, estimo necesario destacar que el presente reclamo resarcitorio tiene sustento en la condena penal a M. B. T., (dependiente de la provincia del Chubut) por considerarla autora penalmente responsable del delito de abuso sexual de un menor de trece años de edad, agravado por ser cometido por la persona encargada de su educación.

Concretamente, la niña A.P. hija de los reclamantes, al momento del hecho tenía tan solo cuatro años, concurría a una de las salas de un establecimiento preescolar de educación pública. La condenada era su maestra.

Este contexto fáctico se proyecta en la materia que nos ocupa en tanto es indiscutible la afección a los

intereses extrapatrimoniales de la madre y del padre de la niña abusada y la incompatibilidad constitucional del artículo 1078 del Código Civil –ley aplicable por resultar la vigente al momento del hecho ilícito, conforme lo señala el juez de grado en los considerandos (III, punto 5)-.

En ese orden de ideas, calificada doctrina autoral ha señalado como ejemplo arquetípico de tal incompatibilidad la "…del daño moral de los padres por abusos sexuales que tiene por víctima a un hijo" (Pizarro Ramón D., "Daño moral", pág. 223).

Si bien la cuestión relativa a la legitimación de la madre y del padre no ha sido introducida a debate en esta instancia y ha sido resuelta en forma implícita en el fallo impugnado, considero que corresponde reafirmar la solución brindada explicitando que la interpretación de la norma de marras conforme la Constitución.

Ello frente a la honda afectación emocional, espiritual y psicológica de la madre y del padre de la niña, puntualmente referenciada por el juez de grado con base en la prueba colectada; extremo que no ha sido refutado por la parte recurrentes.

La profunda repercusión del hecho en la esfera extrapatrimonial, en tanto ha lesionado la integridad psicofísica de las personas, atentando contra la protección de la familia (arts. 14 bis, 17, 27 y consec. Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"; 10 y 23 del "Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"), da sustento a la solución consagrada, en tanto las normas infraconstitucionales han sido interpretadas con-forme las normas superiores de nuestro ordenamiento.

De este modo, como señala el Dr. Galdós, en señero pronunciamiento se ha evitado "el quiebre de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que proscriben soluciones disvaliosas y carentes de contenidos axiológicos… porque debe atenderse a la realidad existencial y vivencial que protege a la familia y a la integridad familiar, lo que no se materializaría en caso de desconocer el dolor y sufrimiento de la progenitora y del hermano. Igualmente se conculcaría el superior interés del niño, en cuanto desprotegería aspectos inherentes a esta tutela -su persona y bienes- (doct. S.C.B.A.; Ac.102719, 30/032010 y 99748, 9/12/2010; Constitución Nacional arts. 18, 75 inc.22: Constitución Provincial arts. 10, 11, 15, 36 incs.1 y 2; Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre XVIII; Convención de los Derechos del Niño arts. 2, 3.1, 3.2, 4, 5, 7.1, 8.1, 8.2, 9.1, 9.2, 12, 16, 18.2, 27.3, y 39; Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes arts. 1, 2, 3, 7, 10, 11, 14, 17, 29, 33, 34, 35, 37, 39; Código Civil arts. 265, 307; Código Procesa Civil y Comercial arts. 34, 36 y 384, Ley 13634 art. 7, citados en el voto del Dr. Pettigiani en S.C.B.A. 06/10/2010, C.108.474, "C.M.D. y Otros, arts. 10 inc.b, Ley 10.067") -*cf*. CAp. Civ. y Com., Sala II, fallo del 10/3/2011, causa n° 54.544, caratulada: "A. M. A. c/ F. N. R. s/ Daños y Perjuicios"; www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=14631&n ... 544).doc.

Con base en lo expuesto, propicio la desestimación del primer agravio.

2.b. El siguiente agravio versa sobre la cuantificación del daño moral y adelanto que propugno su rechazo. Ello por cuanto la crítica solo trasunta una

disconformidad con la decisión adoptada; más aún ni siquiera queda claro si se impugna el resarcimiento otorgado a la niña o a sus padres.

Sin perjuicio de ello, destaco que la entidad del daño ha sido puntualmente descripta por el juez de grado, al igual que sus efectos. Asimismo, me he referido a tales conceptos respecto al reclamo resarcitorio de los progenitores, en el punto anterior. Ergo, se cumple adecuadamente con la premisa de estimación del daño que es el paso previo a su tasación.

Respecto a esta última actividad, la recurrente pretende ponerla en crisis con citas jurisprudenciales sin demostrar cómo y por qué el monto fijado importaría un enriquecimiento indebido para el actor y la actora en función de los hechos comprobados de la causa.

Por las razones expuestas, que aduno a las dadas por el colega preopinante, es que considero que el agravio no es procedente. Consecuentemente, propugno el rechazo del recurso.

3. Costas y honorarios:

Las costas de esta instancia deben ser impuestas a la demandada vencida por aplicación del principio genérico de la derrota.

Los honorarios serán establecidos de conformidad con las pautas generales de los artículos 5, 6, 8, 9, 13 y concords. de la ley arancelaria citada. Con base en estas premisas legales, adhiero a la cuantificación efectuada en el primer voto.

A la segunda cuestión, la Dra. Alonso dijo:

Por todo lo expuesto, considero que corresponde dictar el pronunciamiento propuesto por el Dr. Nahuelanca.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo

A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Alexandre no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Rechazar el recurso interpuesto por la provincia de Chubut, fundado a fs. 569/563, contra la sentencia de fs. 526/544vta., la que se confirma en todas sus partes.

2) Costas de esta instancia a la parte demandada, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. M. M. A. en el treinta por ciento (30%) y los de la Dra. I. A. M., en el veintiocho por ciento (28%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2017
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara