



Educación

Renovación de matrícula. Derecho de admisión como abuso del derecho. Indemnización.

L., M. I. y D. P., M. c/ I. C. M. s/ daños y perjuicios

30/07/2007

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

- 1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?
- 2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Guardiola dijo:

I.- A fs. 342/352vta. se dicta sentencia rechazando la demanda que por daños y perjuicios dedujeron M. I. L. y L. d. P., por su propio derecho y en nombre y representación de su hijo menor L. L. contra el I. C. M. Impone las costas a la parte actora y regula los honorarios profesionales.-

Referido el pronunciamiento a la negativa de renovar la matriculación para el curso del año 2005 - segundo año del ciclo E. G. B. -, entendió la sentenciante que no había ilegitimidad o antijuricidad en la decisión adoptada por la institución demandada, ya que el derecho de admisión está autorizado por la Disposición nº 1/93 DIPREGEP al final del ciclo lectivo anual. Desecha igualmente que exista un daño moral resarcible imputable a la demandada por la renovación, señalando que el cambio al Colegio P. R. ha sido positivo, sin perjuicio de lo cual el informe psicopedagógico continúa trasuntando la dificultad del menor para aceptar límites y las conductas agresivas.-

Destaca que de los cuadernos de clase surge las reiteradas observaciones que mereció esa conducta desajustada del menor. Transcribe y resalta los aspectos que considera importantes de las pericias psicológicas rendidas por la Lic. M. a fs. 150/153 y explicaciones de fs. 163/165 y de la Lic. M. de fs.181/191 y ampliación de fs. 275/276, que trazan la personalidad y conducta de L. y sus dificultades en sus relaciones interpersonales, al igual que el esfuerzo, con resultados fallidos,



por vincularse o integrarse de forma diferente debido a la discapacidad que padece (hipoacúsico congénito con implante coclear) en la medida de su corta edad e inmadurez. Analiza los distintos testimonios rendidos en autos, ocupándose particularmente de los dichos de quienes fueran sus maestras en el Jardín S. I. (F. fs. 248/251) y en el primer grado en el año 2004 (D. B. fs. 253/256) y de la madre de un niño con discapacidad que concurre también al Colegio M., sobre cuya base sostiene que a veces la dificultad para el manejo de la escolarización de un niño discapacitado en un establecimiento convencional no () proviene exclusivamente de la minusvalía física o psíquica del sujeto sino de la imposibilidad o dificultad de la aceptación de esta circunstancia por parte de los padres.-

Apelaron los actores (fs. 360), expresando agravios a fs. 381/394. En su extensa y pormenorizada crítica descalifican el fallo, por entender no ha sabido interpretar que cuando el colegio admitió al niño para el primer ciclo lo hizo a sabiendas de su dificultad física y asumiendo que compromiso educador importar esfuerzos diferenciales, por lo que resulta antijurídico justificarse en "el esfuerzo que demandaba a la docente", es decir no valen las fundamentaciones o causales que se apoyan exclusivamente en la conveniencia de la institución, además de corte discriminatorio.-

Cuestionan que la valoración por parte de la judicante de las distintas especies probatorias no haya sido integral sino descontextualizada. Así no fueron consideradas las respuestas de la Psicóloga M. a los puntos 2, 3 y 4;; errándose en la ponderación de lo dicho en el punto 5 ya que el daño nace del abuso en la admisión y no de lo vivido por el menor (L) mientras allí estuvo. La misma perito expresó que ninguna situación de cambio es sin efecto. Consideran írrita la sugerencia de una escuela especial cuando lo que necesita es "atención especial", no advirtiéndose que el menor continúa cursando grados - sin haber repetido - en otro colegio de idénticas características. Señalan que la supuesta inexistencia - no acreditada en autos- de gabinete psicopedagógico, si era un factor relevante debió incidir al ejercer su derecho de admisión primigenio y no en la re matriculación. Una cosa es no poder dar al niño un ambiente facilitador y otra distinta no querer, recalcando la respuesta de la psicóloga de fs.152 vta. en cuanto a que "a través de los registros ofrecidos no podría decir que se haya prestado la contención adecuada en función de un óptimo rendimiento". Reputan comunes las observaciones en el cuaderno del menor (L.) y se ocupan de aspectos no meritados de los testimonios de la



maestra, de la directora del Jardín - maternal, es decir hasta los dos años- S. I. y de aquellos que por su trato han sabido dar cuenta que lenguaje corporal por limitaciones del verbal no significa agresividad. Hacen también hincapié en conforme nota de fs.10 la no renovación fue decidida a pesar del pedido de la psicopedagoga que atendía al niño e inconsultamente con quien era la maestra. Finalizan pidiendo la revocación de la sentencia por absurda y arbitraria, en tanto desechó la existencia de un daño moral fácilmente constatable, que fuera provocado al impedirle continuar en base al ejercicio antijurídico por irregular de la no admisión, siendo el abuso del derecho el factor de atribución de la responsabilidad endilgada por carecer de causa justificada el distracto.-

A fs. 397/410 obra la réplica defensiva. Se resiste la impugnación aduciendo que su mandante admitió al menor (L.) en primer grado con total conocimiento y conciencia de su limitación auditiva, pero que resultó ser un alumno problemático no por tales dificultades sino por serios trastornos de conducta, lo que se revela con las 18 comunicaciones de observaciones disciplinarias, no comportamientos "comunes" como se pretende.-

Rechaza cualquier actitud discriminatoria de su parte, ya que está probado que el colegio realiza un particular esfuerzo para integrar alumnos con capacidades diferentes. Reseña constancias del cuaderno psicopedagógico. Insiste en la libertad de enseñanza, en que la prestación que realiza es un derecho y no un deber y en el derecho normativamente receptado de admisión anual.-

Destaca que con el criterio de los apelantes ningún colegio debería siquiera correr el riesgo de inscribir un niño especial en primer grado porque luego cualquiera sea su conducta, su rendimiento y su adaptación no podría ejercer ese derecho que se autoriza anualmente.-

Invoca la regularidad del ejercicio derecho de admisión en tanto fue oportuno y con la debida antelación para obtener vacante en otro colegio, la decisión fue motivada aunque no precisaba serlo y no fuera compartida por los actores, recién comenzaba en su escolaridad y de hecho tuvo la posibilidad de tener educación en otro colegio.-



Oído que fue el Sr. Asesor de Menores, cuyo dictamen de fs. 414 y vta. es en adhesión a la postulación actoral y habiendo tomado contacto el Tribunal con el menor (art. 12 de la Convención sobre los derechos del niño ley 23849 (ver acta de fs. 422), firme que quedó el llamado de autos para sentencia, las actuaciones se encuentran en condiciones de ser resueltas (art. 263 del CPCC).-

II.- En esa tarea liminarmente 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, podríamos 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 rechazamos la postura de quienes niegan enfáticamente la posibilidad de reconocer una obligación de enseñar, nos 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 sólo pretende proseguir los estudios iniciados anteriormente. 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. Nos parece que tal perspectiva no se compadece con los nuevos horizontes del Derecho contractual, que intenta construir respuestas de mayor justicia....Nos parece impropio hablar genéricamente de un "derecho de admisión" dado que sólo 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 sólo persigue falsear la realidad. Adviértase que los padres que eligen un establecimiento escolar lo hacen con el convencimiento de que - salvo situaciones excepcionales- su hijo transitar 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. En ocasiones, la causa podrá ser invocada como pretensión resolutoria, tal como ocurriría si se fundara en la falta de ejecución a las obligaciones del contrato (vgr. falta de pago del arancel) o al deber de "colaboración" que pesa sobre los representantes o el propio educando (en nota se indica que la jurisprudencia "ha reconocido las facultades disciplinarias de los establecimientos dentro de los límites que imponen los principios de legalidad y razonabilidad"). En otras, vendrá a legitimar la denuncia del contrato, dando cuenta por las cuales se entiende que la preservación del vínculo afectar a ambas partes (vgr. la conducta grave del educando observada durante el desarrollo del ciclo anterior, su rendimiento académico, la inadecuada integración del menor a su grupo de estudio o de los padres a la propia comunidad educativa) la noción de "colaboración" recíproca y permanente exige ese proceder (y aclara en la nota con cita de Lorenzetti Tratado de los contratos I - 540 y ss. que así se distinguen las causales de resolución y de rescisión, lo que no resulta una tarea sencilla en los contratos de duración)...De ese modo el "derecho de admisión" queda circunscripto al supuesto en el cual el educando pretende ingresar a la institución educativa.-

La figura logra coherencia jurídica, también gramatical, ya que "admitir" significa "permitir entrar", esto es, ingresar a quien está fuera. Esta postura no nos impide discrepar con quienes entienden que tal derecho es absoluto. El encuadre constitucional que oportunamente describiéramos constituye una fuerte restricción para planteos de esa naturaleza....En síntesis, pensamos que ambas facultades - la de extinción del vínculo vigente y la de admisión- están igualmente condicionadas en su ejercicio, cuya legitimidad deber ser apreciada en cada caso a la luz de los principios informadores del Derecho Privado y conforme a las circunstancias de cada caso" (Carlos Alfredo Hernández "Régimen Jurídico de los servicios educativos privados. Consideraciones desde la perspectiva del derecho contractual" en Revista de Derecho Privado y Comunitario Rubinzal - Culzoni 2005-1 Contratos de Servicios p. 308/314).-

Parfraseando lo expuesto por Héctor Masnatta en "El contrato necesario" (y aclaro no porque éste lo sea) "Acto de constitución y relación constituida tienen conexión evidente. Pero son distintos conceptos y hay que reparar en ello. De un lado debemos poner el acto de constitución, que hace nacer la relación. De otro debemos colocar la relación, que es el efecto de aquel, pero



que es en sí una unidad diversa. Tienen estructura distinta: la relación es una situación en que se encuentran dos sujetos, un modo de estar en la vida, un especial estado, un fenómeno estático. El acto constitutivo es un hecho del hombre, una relación, un fenómeno dinámico. Tienen una función diversa. El acto constitutivo es la causa de la relación.-

La relación y el conjunto de facultades y deberes que la componen, son su efecto" (p. 56/7).-

Emilio Cesar Joulia y Carolina Bertolino ("Derecho de la educación y acto de admisión en el ámbito de la enseñanza privada" en ED 184-1423) quienes no le adjudican demasiada importancia a la anualidad o no del contrato por considerar a la rematriculación como un mecanismo formal del desarrollo del contrato, sustentando la continuidad o no del alumno en el grupo pluriparticipativo, en tanto y en cuanto se adecue y ajuste al proyecto educativo, ideario, normas de convivencia y pautas respectivas, destacan que para que esa voluntad no se torne arbitraria e ilegítima ni vulnere el derecho a aprender además de ser oportuna no puede ser incausada o discrecional, es decir debe satisfacer la necesaria "razonabilidad". Sobre esto último dicen: "Sostiene el Dr. Sagues que el test de razonabilidad tiene tres niveles: normativo, técnico y axiológico.-

Ello significa que para aprobar el examen de razonabilidad la norma (o la fuente obligacional) tiene que subordinarse a la Constitución, adecuar sus preceptos a los objetivos que pretende alcanzar y dar soluciones equitativas, con un mínimo de justicia. En los últimos diez años hubo cambios importantísimos en nuestra sociedad, en el orden jurídico sustancial, como así también en el plano educativo. Las reformas de algún modo dieron cobertura constitucional a principios básicos sostenidos por años en las escuelas parroquiales y confesionales de cultos reconocidos, tales como: la no discriminación, la justicia social, la responsabilidad común tan cercana a la solidaridad y la educación como bien social. " Ello importa una modificación del techo ideológico y del sistema normativo anterior de la Constitución (art. 16)...lo cierto es que la asamblea de 1994 dio un sentido distinto a la idea de igualdad preexistente, actualizándola en función de las pautas actuales del Estado social de derecho. La reforma constitucional de 1994 dejó transparente y explícito el principio de - igualdad real-, disponiendo el ya comentado art. 75 inc. 19 "...la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna..." en el ámbito educativo. Del mismo modo ya lo había hecho la Ley Federal de Educación al establecer que: "El sistema educativo



nacional asegurar a todos los habitantes del país el ejercicio efectivo de su derecho de aprender, mediante la igualdad de oportunidades y posibilidades, sin discriminación alguna" (ley 24.195 art. 8). Y esto no es sólo para las escuelas públicas, debe serlo en mayor medida para nuestras escuelas cristianas". Estos mismos autores transcriben una frase harto elocuente del Presidente de la Comisión Episcopal de Educación Católica: "No basta esperar que la libertad sea reconocida, sólo se la garantiza cuando se la ejerce razonablemente".-

Con diferencias de matices, aunque desde posiciones distintas, coinciden María Laura Martínez Vega (El derecho de admisión en los colegios privados.-

¿Una excepción a la prohibición de discriminación o el ejercicio de la libertad contractual?" en La Ley 2003-C-1465) al decir que "El Derecho de Admisión (mayúsculas atento el evidente carácter inexpugnable que las instituciones le asignan) debe ejercerse regularmente, esto es, sin contrariar los fines que justifican su existencia o, más llanamente, de modo que no sea abusivo (art. 1071 Cod. Civil)" y el propio letrado patrocinante de la aquí demandada J. G. N. F. ("El derecho de admisión de los colegios privados" en ED 138-889 y ss), aún sosteniendo que la matriculación inicial puede ejercerse con máxima discrecionalidad y que "el contrato se renueva cada año, con posibilidad de ejercer cada vez el derecho de admisión", al formular una consideración similar con la aclaración de que "la cuestión se circunscribe a analizar las circunstancias y el modo en que es ejercido -particulares en cada caso- para determinar si ha existido o no abuso" y que "Si se trata de la promoción a un grado o año superior, podrán exigirse requisitos de razonabilidad como ser causa adecuada y oportunidad en la comunicación".-

La jurisprudencia, más allá de la decisión que en concreto en cada proceso se haya adoptado, en su mayoría ha aceptado que el derecho del establecimiento "no puede ser cohibido, a menos que la negativa apareciera como arbitraria mediante indicios, presunciones o causales objetivamente susceptibles de prueba (Bidart Campos G. J comentario al fallo C³CC Córdoba "Etchegaray Ferrer Carlos J" 16/08/1983-ED,109-498-)" (C N Civ Sala I 2002-07-18 "R. J c. Colegio Carlos Octavio Bunge" La Ley 2003-A-322), "que como todo derecho, el de admisión anual no podría ejercerse con abuso (conf. fallo de marzo 5-1987 ED 123-102)" (voto del Dr. Cifuentes C N Civ. Sala C abril 9-1992 "Piñeiro Arnaldo c. Instituto Para la Nueva Generación" ED 147-543).-



Es decir que en orden a la vezata quaestio de la existencia o no de derechos incausados, excluidos de la ponderación de su ejercicio a la luz del abuso del derecho (Julio C. Rivera "Los derechos incausados" en Rev. de Derecho Privado y Comunitario N°16 Abuso del Derecho p. 47), el criterio preponderante al cual adscribo (ver en sentido contrario voto de la mayoría - con la disidencia del Dr. Montes de Oca- C N Civ. Sala G 24/4/1989 in re "Fidel Luis c. Inst. Chamberlain de Eccleston" Lexis Nexis Doc. 105203; mereciendo destacarse que este mismo tribunal ya con distinta integración expresó el 18/5/2005 en autos "M R. c. Asoc. Civil Colegio V. D." - ED 213:536 - que el derecho de no re matricular reconocido a los institutos de enseñanza privada no puede "ser ejercido por estos en forma caprichosa o arbitraria, sino cuando esa prerrogativa no importe discriminación o perjuicio ilegítimos", privándolo de amparo en tanto irregular o antifuncional), no comprende en su repertorio al supuesto que nos ocupa. "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 R D P y C n° 16 cit. p. 260).-

"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 R D P y C nº 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).-

Confluye también como norte en el horizonte valorativo la teoría de los actos propios, que ya por reconocer con la del ejercicio abusivo un tronco común en el principio de la buena fe (Alejandro Borda "La teoría de los actos propios" p. 108/110) ya por ser una derivación o aplicación de aquel (Enrique Bianchi- Héctor Iribarne "El principio general de la buena fe y la doctrina venire contra factum proprium non valet" ED 106-860/1 y Atilio Alterini- Roberto López Cabana "La virtualidad de los actos propios en el derecho argentino" La Ley 1984-A-879), ha de impedir avalar pretensiones contradictorias del colegio respecto de conductas suyas anteriores, atentando contra la buena fe de aquellos que actúen sobre tal base (arts. 1198 y 1071 del C Civil y 37 ley 24.240; trabajo citado de Joulia y Bertolino).-

III.- Fijada de la forma que antecede la recta interpretación desde mi óptica de las facultades de los colegios privados en orden a la admisión de alumnos, claro resulta que la A-quo ha partido de una premisa distinta. No obstante ser innecesario en función de lo que se colige es su criterio sobre la absoluta discrecionalidad de ese derecho, no se desentendió sin embargo de las circunstancias de hecho en que fue ejercido, valorando implícitamente como justificados los motivos o causa de la negativa que viene tachada de antijurídica por abusiva. También discrepo con esa apreciación.-

Se ha reconocido al contestar la demanda (ver fs. 90vta), y ello es reiterado en la contestación recursiva, que el Colegio admitió al menor (L.) en primer grado, con total conocimiento y conciencia de su limitación auditiva. Ello implicaba hacerse cargo de las dificultades inherentes a esa situación de desventaja y al asumir institucionalmente ese reto o desafío el compromiso de



desplegar los esfuerzos necesarios para lograr superar las barreras de comunicación, 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. Imponía entonces adoptar las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y correspondientes a las circunstancias de la persona (cada niño con discapacidad es único y ello descarta un único modelo de intervención); una ejecución de acuerdo a lo que las partes obrando con cuidado y previsión verosímelmente 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, 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 (ver resp. 6º pericia de la Psicóloga M. fs. 151vta y fs. 164vta.). En eso, de buena fe confiaron los padres.-

Así las cosas, la rescisión de la relación o no renovación del contrato, como se quiera ver, decidida al término del primer año se visualiza carente de fundamentos serios y atendibles. Del acta obrante a fs. 11 en correlato con la nota del 3 de diciembre de 2004 (fs. 10) y carta documento remitida el día 17 de ese mismo mes (fs.18), surgen las razones alegadas, que en resumen son de tres órdenes: 1) trastornos de comportamiento del menor en el área social 2) beneficio para L. de cambio de institución y 3) carencia de un equipo especializado permanente para su contención. En relación a la primera, erigida defensivamente como la de mayor gravitación, tanto en la contestación de la demanda (fs. 90vta.) como en la de los agravios (fs. 399) se la ha pretendido desvincular de las dificultades auditivas.-

Ahora bien, que el cambio de colegio no permitía verse a ese momento como facilitador o que favoreciera la escolaridad del menor (L.), es categóricamente desmentido por la nota cursada por la psicóloga que lo atendía M. L. G. del 1/12/2004 (cuya copia agregada al cuaderno psicopedagógico aportado por la accionada obra a fs. 86) según la cual la no renovación "sería para el niño sentida como una expulsión, que lo reenviaría hacia afuera, sería él como niño el expulsado, lo que aumentaría aún más su sintomatología e incidiría en su futura sociabilización".



Tal consejo fue desestimado sin ningún tipo de consideración por las autoridades directivas conforme se desprende de la ya citada nota de fs.10. Es decir no era su bien - el del menor (L.) como educando y como persona - el considerado. Es más, aunque el nuevo establecimiento se revele como más contenedor y propicio para su especial problemática - circunstancia que a ese momento no se podía conocer- ello no descarta, como veremos al ocuparnos del daño, que como dijo la Psicóloga M. (resp. 7ª fs. 185) esa situación provoque sentimientos de impotencia, dolor y frustración.-

En lo hace a la carencia de un equipo especializado permanente, entendido por dicha perito como gabinete psicopedagógico (resp. 5ª fs. 191), aunque de las copias del cuaderno respectivo no surge la participación de una psicopedagoga , según declaró la maestra D. B. (acta de fs. 253/6) el colegio cuenta con una, que "la acompañaba bastante ese año dentro del salón, le daba orientaciones para trabajar con él. La psicopedagoga pasa todas las semanas, no sabe exactamente cuantas veces". Que su asistencia fuese eventualmente insuficiente (una profesional para doce cursos, v. resp. segunda repregunta) debió ser una cuestión evaluada al admitirlo en el primer curso. Incluso como se desprende del testimonio de fs. 260/262 de M. M. S. (madre de otro menor cursante a esa época también en el primer grado, aunque no sabemos en que división, con trastorno de tipo autista, problema de notoria mayor complejidad que el que nos ocupa en cuanto a su sociabilización), el mismo instituto tuvo el auxilio de una maestra integradora para apoyar al docente. Es más, según el informe de fs. 221 también se trabaja con un PPI (proyecto pedagógico especial) con la escuela especial 503 para la integración de un alumno con síndrome de Down.

Como dijo la fonoaudióloga V. (resp. segunda repregunta fs, 241vta.) "la integración con la escuela especial, la pide siempre la institución en que los papás inscriben a su hijo y la necesidad de la integración en general se acuerda de acuerdo a los criterios de la institución, de la escuela y la familia en relación a las dificultades del aprendizaje". De los dichos de la misma (tercera ampliación fs. 241), de la maestra (primera repregunta fs. 254) y de la constancia en el cuaderno correspondiente al 6 de abril (fs. 77), surge el ofrecimiento de la fonoaudióloga a colaborar.

También consta (fs. 84) que en noviembre se tuvo un contacto con la Psicóloga G.-



Pero no existe constancia, ni ha sido alegado que se requirió un apoyo adicional. Es decir, si ese recurso humano especializado o adicional se advirtió posteriormente al ingreso como necesario, nada se hizo en este caso - a diferencia de los otros menores- para superar su carencia o insuficiencia. Directamente fue enarbolada como factor imposibilitante de la prestación, sin proponer soluciones o alternativas para superar un déficit propio originariamente no contemplado. Al no ser así excusable un supuesto error en que la institución habría incurrido en cuanto a las propias posibilidades si el mismo obedeció a imprudencia o impericia, no deben trasladarse las consecuencias desfavorables de ello al contratante inocente.-

Yendo a los "serios trastornos de conducta", "comportamientos extraños o fuera de lo común", reiterada dificultad para adaptarse socialmente, su conducta agresiva, etc, interesa puntualizar: a) "las dificultades en el lenguaje podrían traerle aparejado particularidades en la comunicación con sus pares. La función docente sería fundamental para propiciar el intercambio adecuado entre los niños, como tarea de sociabilización" (resp. b fs. 152 pericia Psicóloga M.); b) "De sus relatos se desprendería que no posee actitudes agresivas para con sus iguales. Puede ser que se confunda sus limitaciones en la comunicación verbal con actitudes agresivas, es decir, probablemente el niño se comunique con un lenguaje corporal en algunas situaciones" (resp. 3 fs. 151 del mismo informe); c) "... Las limitaciones en la comunicación lingüística no deberían influir en la relación del niño con los docentes" (idem resp. c fs. 152); d) " Los tonos de voz suaves le dificultaban comprender y era allí en los únicos momentos en los que se manifestaba la ansiedad, recurriendo al valor corporal, es decir se levantaba..."(análisis de la Psicóloga M. fs. 183); e) "...la agresión está puesta más que en el medio en sí mismo.-

Las conductas que se pueden desprender son un reflejo de la impotencia que le genera la inadecuada comunicación con el medio, ejemplo de esto sería al no poder ser comprendido lo expresa con su cuerpo a través de la motricidad haciendo un juego brusco" (respuesta 3 de la perito M. fs. 184); f)"...esta actitud de defensa está relacionada con su discapacidad" (resp. 5 fs. 185 del mismo dictamen); g) "...gran bloqueo emocional debido a su discapacidad. Esto lo hace sentir inseguro, inestable, vulnerable y lo dificulta en cuanto a su relación con el medio. En cuanto a la aptitud del niño frente al aprendizaje es notorio el esfuerzo que pone para lograr estar al nivel

de sus pares, lo que habla de una adecuada integración con la escuela común, no considerando la educación especial para el menor (L.)" (idem resp. 8 fs. 186); h) "En cuanto a las relaciones con sus pares es un niño con una personalidad muy controlada que no logra expresarse adecuadamente, esto lo supera y recurre a la expresión corporal, a los impulsos; es posible que el juego sea más brusco que lo habitual, a eso debe agregársele que los niños en esta edad necesitan manifestarse a través del cuerpo; en el menor (L.) es más evidente todavía" (en la misma respuesta); i) "...se exige permanentemente en ser un niño bueno, en portarse bien, en definitiva de que lo quieran los demás (resp. 9 fs. 187); j) "...presenta un trastorno emocional vinculado a su discapacidad. Es un niño inseguro, con un yo débil vulnerable a toda situación patógena del medio. Esto lo hace un sujeto ansioso con dificultades para expresar sus emociones y con un pobre control de su agresividad...El origen del trastorno se asocia a su discapacidad... El niño manifiesta su impotencia y sus conflictos a través de su cuerpo, de sus impulsos" (resp. 1 fs. 189/190 de la Lic. M., quien concluye que si es asistido el pronóstico es muy favorable); k) "...Al sentirse distinto y con la dificultad en expresarse correctamente y al haber predominio de expresión corporal puede llegar a hacerse difícil ser comprendido por sus pares" (resp. 2 fs. 190) y l) "El niño necesita ser contenido aún más que cualquier otro niño sin caer en la diferencia; esto provoca cierto desgaste y de un programa operativo para que el niño se sienta cómodo" (en la misma fs. resp. 3).-

No hace falta resaltar ninguna de esas conclusiones para que sin hesitaciones lógicas y con una interpretación de conjunto, aplicando las reglas de la sana crítica, pueda afirmarse que su comportamiento en el área o aspecto social, más que relacionado está determinado por su limitación física y su ingreso al mundo sonoro con adquisición del lenguaje en forma posterior a otros niños de su edad (ver resp. 6 fs. 151 vta. Psicóloga M.). En tal sentido los inconvenientes o escollos que la adaptación del menor (L.) 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 discapacidades que afectan la comunicación oral. No se trataba 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, por cierto muy loable pero a la luz de lo sucedido inconstante, de integración y apertura hacia alumnos "problemáticos", con actitudes fuera de lo "común", lo que parece haberlo sorprendido.-



No mejora en este sentido la posición del Colegio demandado las eventuales dificultades de la misma índole que hubiese tenido el menor anteriormente en el Jardín S. I., de ser cierto lo declarado por la maestra F. a fs. 248/251 - no obstante que los informes de fs. 223 y 326 comprometen su atendibilidad -, ya que ese antecedente - que no se ha postulado ser de conocimiento posterior a su admisión - alertaba sobre los esfuerzos especiales que demandaba su atención educacional. Ello por otra parte pone en evidencia la indisoluble vinculación de tales signos o manifestaciones con el problema auditivo, dado que por su objetiva mayor entidad que los episodios sucedidos en el colegio (aclaro de ajustarse los relatos respectivos a la realidad) se correspondieron a una etapa evolutiva de su incapacidad y maduración anterior, en los primeros meses del año 2000 cuando usaba audífono antes del implante coclear (ver fs. 250).-

Desde otra perspectiva, más allá de lo efectista del número de 18 comunicaciones de observaciones disciplinarias en el cuaderno, si analizamos su contenido (referido a juego no tranquilo o brusco, desobediencia de consignas de la maestra, pelea y salivar a sus compañeros) no prueban por si solas, al carecer de detalles o mayores precisiones, que su conducta comprometiera o afectara gravemente a sus compañeros, de forma anormal, inusitada o insuperable; llegando desprovista de todo sustento probatorio la alegación de que existieran al respecto quejas por parte de los padres de aquellos. En cuanto al valor de tales comunicaciones, expresó la perito M. "Contención sería más abarcativo que información, alude a aspectos emocionales. Cualitativamente hablando, las informaciones y notificaciones referidas, diferirían de acuerdo al tono emocional que acompaña a las mismas" (ver resp. de fs. 165). Importa también apuntar lo declarado por su maestra D. B. a fs. 256 en el sentido de que ese grupo no era tranquilo, de que en ese grado existían otros menores con problemas de conducta, de que algunos de ellos ya no están en la escuela - no sabiendo por decisión de quién- y otros aún permanecen, y por la fonoaudióloga V. a fs. 241 acerca de la entrevista que tuvo con aquella "le dijo que no se le habían presentado problemas mayores, le pareció que estaba tranquila en relación al desempeño general del menor (L.) y le dijo que era un nene muy inquieto y que tenía unos cuantos alumnos en las mismas condiciones se refiere de inquietud".-



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 re matriculación 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 (L.) 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, con un trato desigualitario en cuanto a las oportunidades de integración que brinda y esfuerzos que despliega la institución en otras situaciones de discapacidad o problemáticas, lo que hace abusivo el ejercicio de esa facultad, aunque formalmente la decisión se haya adoptado en tiempo oportuno.-

La discrecionalidad no tolera su asimilación a la arbitrariedad, la que se configura cuando se exceden los límites de la buena fe, y en el sublite se verifica al rechazar fuera del contexto lógico al postulante para desligarse de "lidiar a diario con los trastornos" -fs. 93- que por su incapacidad provocaba, viniendo sobre sus pasos y el compromiso asumido, sin consideración a la confianza que en la estabilidad y esfuerzos de la prestación educativa la familia había depositado, para sumirla conjuntamente con el menor innecesariamente en una oscura y agravante nebulosa, ya que de advertirse tan inconsistente la voluntad de admitirlo tal como el menor (L.) era por sus circunstancias, en el compromiso de ayudarlo a desplegar su potencialidades, integrarse y superar las dificultades originadas en su limitación auditiva, responsablemente el Colegio no debió inicialmente incorporarlo y los padres de haberlo sabido razonablemente no lo habrían propuesto (ver voto de la Dra. Paggi en sent. del 17/4/1984 de la Cam. 1º Sala II San isidro " O., C. W c/ Colegio S. I. s/ Daños y Perjuicios" causa 35.797 Reg. 80).-

IV.- Admitida por lo expuesto la antijuricidad en sentido lato de la conducta del Colegio por abuso del derecho como factor de atribución, los otros presupuestos de la responsabilidad endilgada aparecen in re ipsa.-



Se equivoca la sentenciante al descartar la existencia de daño en relación adecuada de causalidad porque el cambio de Colegio haya sido resultado favorable al alumno o porque los trastornos o dificultades del menor se sigan trasuntando a la luz del informe psicopedagógico del Colegio P. R.-

En relación a primer aspecto, si bien incide en la extensión del agravio moral provocado, debiendo computarse a los fines de su cuantificación, ello no elimina los padecimientos, angustias, sentimientos de zozobra, inquietud e inseguridad que todo desarraigo impuesto que además traduce una exclusión provoca;; máxime cuando las condiciones personales de adaptación o integración eran las comprometidas, cuando al hecho de que ningún cambio es indiferente se le sumaba que por la propia historia de vida del menor era asimilado como expulsivo y por ende frustrante de sus esfuerzos en pos de la aceptación permanentemente buscada. 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 ya de por sí por la limitaciones de su hijo, 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.-

El otro factor conlleva una confusión entre el déficit propio de las limitaciones que la víctima por sí aporta, las dificultades de integración (específicamente la A-quo se refiere a la imposibilidad de establecer relaciones duraderas) debidas a su problema auditivo, con el daño distinto, independiente y directamente provocado por el Colegio a través de su decisión.-

En función de lo que llevo dicho, es que estimo justo y equitativo fijar en concepto de daño moral a indemnizar por el demandado, la cantidad de pesos cinco mil para los padres y de tres mil para el menor (arts. 499, 901, 522,1078 y conc. C Civil).-

TAL ES MI VOTO

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



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

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

I.- REVOCAR la sentencia apelada, HACIENDO LUGAR a la demanda por daños y perjuicios entablada, condenando al Instituto C. M. al pago dentro del plazo de diez días de la suma de pesos xx (\$ xx) a cada uno de los padres (M. I. L.y L. D. P.) y de pesos xx(\$ xx) a favor del menor L. L., en concepto de daño moral (arts. 522 y 1078 del C Civil). A dichas sumas deberán adicionársele intereses a la tasa pasiva (la que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones a plazo fijo a treinta días) desde el día 3 de diciembre de 2004 (ver fs. 10) y hasta el efectivo pago.-

II.- Las costas de ambas instancias se imponen al demandado perdidoso (arts.274 y 68 del CPCC).-

III.- Dejar sin efecto la regulación de honorarios practicada (art. 274 del CPCC), difiriendo su determinación y los correspondientes a esta instancia para su oportunidad (arts. 23, 31 y 51 de la ley 8904).-

ASI LO VOTO.-

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

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí

Fdo.: JUAN JOSE GUARDIOLA - PATRICIO GUSTAVO ROSAS, por ante mí, DRA. MARIA V. ZUZA
(Secretaria).-

//NIN, (Bs. As), 03 de Julio de 2.007.-

AUTOS Y VISTO:



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

RESUELVE:

I.- REVOCAR la sentencia apelada, HACIENDO LUGAR a la demanda por daños y perjuicios entablada, condenando al Instituto C. M. al pago dentro del plazo de diez días de la suma de pesos xx (\$ xx) a cada uno de los padres (M. I. L. y L. D. P.) y de pesos xx (\$ xx) a favor del menor L. L., en concepto de daño moral (arts. 522 y 1078 del C Civil). A dicha sumas deberán adicionársele intereses a la tasa pasiva (la que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones a plazo fijo a treinta días) desde el día 3 de diciembre de 2004 (ver fs. 10) y hasta el efectivo pago.-

II.- Las costas de ambas instancias se imponen al demandado perdidoso (arts.274 y 68 del CPCC).-

III.- Dejar sin efecto la regulación de honorarios practicada (art. 274 del CPCC), difiriendo su determinación y los correspondientes a esta instancia para su oportunidad (arts. 23,31 y 51 de la ley 8904).-

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse al Juzgado de origen.-

Fdo.: JUAN JOSE GUARDIOLA - PATRICIO GUSTAVO ROSAS, por ante mí, DRA. MARIA V. ZUZA (Secretaria).//-