

Juzgado Civil, Com. y Minería N° 1
I Circunscripción Judicial
Sentencia Definitiva N°18.

Viedma, 07 de junio de 2019.-

VISTOS: Los presentes autos caratulados: "ORTIZ MANUEL NATALIA PAOLA C/ ASOCIACION CIVIL COOPERADORA JARDIN MATERNAL Y DE INFANTES "PIE PEQUEÑO" S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)", Expte. N° 0571/16/J1 para dictar sentencia de los que;

RESULTA

1.-Que a fs. 67/75 se presenta Natalia Paola Ortiz Manuel por derecho propio y en representación de su hija menor de edad A.G.I.C.O., con patrocinio letrado, e inicia demanda de daños y perjuicios contra la Asociación Civil Cooperadora Jardín Maternal y de Infantes "Pie pequeño" y/o quien resulte jurídicamente responsable, por la suma de \$ 55.000 (fs. 77), o lo que en más o en menos resulte de las probanzas de autos, intereses, costos y costas del proceso.-

Expone la versión de los hechos en los que sustenta su reclamo, expresando que en el mes de febrero de 2.015 junto a su esposo decidieron escolarizar a su hija A. con el principal objetivo de que comience a interactuar con otros niños, que sociabilice y atraviese nuevos desafíos y realidades distintas a las de su hogar. Que la niña el día 5 de febrero de 2.015 comienza a asistir a Asociación Civil Cooperadora Jardín Maternal y de Infantes "Pie Pequeño", iniciando el período típico de adaptación durante unos pocos días, momento en el cual la Srta. de la Sala les comunica que la niña ya podía quedarse sola, sin necesidad de la presencia de sus padres.-

Relata que el día 13 de marzo de ese mismo año, la Directora del establecimiento, Sra. Carolina Chiaradía, se comunica con la actora con el fin de citarla a una reunión el día lunes siguiente, ofreciendo la Sra. Ortiz apersonarse inmediatamente en el Jardín o que le adelantara la razón por la cual la citaba, a lo que la Sra. Chiaradía le responde que se quedara tranquila, que el lunes "hablamos tranquilas".-

Que el día de la reunión, asiste a la institución a las 8 hs. junto a su esposo y su hija, siendo atendidos en la puerta por la Sra. Directora, quien luego de indicarles que no hacía falta que ingresaran al Jardín debido a la brevedad del tema a conversar, les

expresa que la niña A. no había logrado integrarse al grupo, que presentaba un cuadro de angustia, lo que no permitía que el resto del grupo trabaje, razón por la cual finalmente les pide que no la lleven más al Jardín y que "la haga ver por un psicopedagogo y su pediatra". Ante tal circunstancia le solicitan a la Sra. Chiaradía que labre un Acta de lo expuesto en la conversación y proceda a entregar los informe psicopedagógicos, a lo que la misma responde que no era necesario e insiste en indicarles que lleven a la niña a especialistas idóneos para que la asistan.-

Continúa su relato indicando que luego de ese episodio, se dirigió al Consejo de Educación para informar lo sucedido, donde le informaron que debía dirigirse a la Supervisión de Nivel Inicial. Que en ese organismo, puso en conocimiento sobre la situación al Prof. Pablo Pérez, Supervisor de Educación Privada, quien le informa que se había comunicado con la Directora del Jardín, relatando que la misma había reconocido el hecho, pedido disculpas y solicitado que lleven a la niña nuevamente al establecimiento que iban a recibirla, a lo que la actora manifiesta no poder dar respuesta en este momento. Manifiesta que ese mismo día al mediodía se dirige al Jardín con el fin de recomponer la situación, siendo recibida por la Sra. Chiaradía quien en ningún momento pide disculpas, ni menciona la posibilidad de que la niña se reincorpore a la institución. Ante tal situación la actora solicita se le entreguen los utensilios de su hija y los trabajos realizados, y luego procede a retirarse del lugar.-

Expresa que seguidamente se comunicó con el pediatra de la niña, Dr. Carlos Cucci, y con la Psicopedagoga, Lic. María Belén Correa, a quienes luego de contarles la situación, le solicitó que la examinaran. El Dr. Cucci certificó el estado de buena salud de la niña y la Lic. Correa manifestó que la niña era muy pequeña para someterla a terapia psicopedagógica.-

Posteriormente, inicia reclamo ante la Defensoría del Pueblo, formándose Expte. N° 160.15 caratulado "Ortiz Manuel Natalia s/ Solicita resguardo de los derechos de su hija", del cual surge finalmente un informe del día 24/03/2015 de la Directora del jardín donde expresa que la niña A. no se encuentra preparada madurativamente para su adaptación a la institución, recomendando su adaptación para más adelante.-

Postula que el comportamiento de la institución importa la violación al ordenamiento jurídico y garantías constitucionales, la Convención Internacional de los Derechos del Niño incorporada a la Constitución Nacional mediante la Ley Nacional N° 26.061 y la Ley Provincial N° 4109, y la Ley Orgánica que regula el Nivel Inicial por ser la conducta de la autoridad del Jardín discriminatoria, excluyente, lesiva de los derechos

fundamentales de la niña, excluyéndola arbitraria y tempestivamente del Sistema Educativo. Acto seguido funda en derecho, acompaña documental, ofrece la restante prueba y define el daño reclamado. Peticiona.-

2.- Que corrido traslado de estilo a fs. 89/93, contesta la Asociación Civil Cooperadora Jardín Maternal y de Infantes "Pie Pequeño" representada por la Sra. Carolina Daniela Chiaradía, en calidad de presidente, con patrocinio letrado, quien niega los hechos determinados en demanda y expone su versión reconoce que en el mes de febrero del año 2.015, la niña A. comienza a concurrir al Jardín, pero evidenciando una fuerte resistencia a permanecer sola en la institución, llorando y gritando prácticamente todo el tiempo en el que se ausentaban sus padres. Por ello, no pudiendo transitar satisfactoriamente el período de adaptación, el cual duró desde la segunda semana de febrero hasta la primera semana de marzo de 2015, tiempo en el cual desde el Jardín se intentó contener a la niña.-

Expresa que los primeros días de adaptación la niña pudo permanecer en el Jardín en presencia de sus padres y que a partir de los 3 o 4 días comenzaron a dejarla sola, en el horario habitual de 8 a 13 o 13:30 hs., atento a que los padres debían cumplir con sus obligaciones laborales y a pesar de la advertencia por parte del cuerpo docente de que la niña aún no se encontraba lista para quedarse sola tanto tiempo.-

Relata que a partir de ese momento, frente a la persistente actitud de los padres de forzar a la niña a permanecer durante la jornada completa en el establecimiento, la misma comienza a presentar cuadros de angustia con crisis de llanto y gritos desde el momento en que era dejada por sus padres en el Jardín, no logrando desarrollar actividades ni interactuar con sus pares. Esta circunstancia determinó que desde el Jardín se convocara prácticamente todos los días a alguno de los padres para que asista a la institución para contener a la niña.-

Finaliza su exposición de los hechos expresando que luego de 4 semanas de que A. asistiera al Jardín sin que pudiera lograr un progreso en su adaptación, el equipo docente y autoridades de la institución efectuaron una evaluación del caso de la cual concluyeron en aconsejarle a los padres el reinicio del período de adaptación, previa consulta de profesionales médicos, psicopedagogos y/o psicólogos a fin de que evaluaran a la niña. Frente a este planteo, los padres manifestaron un fuerte desacuerdo en el reinicio del período de adaptación y procedieron a retirarse del establecimiento sin más. Arguye la inexistencia del daño, acompaña documental, realiza una crítica de cada uno de los rubros reclamados, solicitando su rechazo en base a los fundamentos que

expuso, funda en derecho, ofrece la restante prueba y peticiona.-

3- Que a fs. 81 se da intervención a la Defensora de Menores e Incapaces N°1, quien se notifica y toma intervención a fs. 82.-

4.- Que a fs. 95 la actora contesta traslado de la documental y ante la existencia de hechos objeto de comprobación a fs. 98 se dispuso la apertura de la causa a prueba, llevándose a cabo a fs. 108 la audiencia prevista en el Art. 361 CPCC, proveyéndose las pruebas a producirse a fs. 110/111.-

A fs. 131, 142 y 165 se hayan agregadas actas en las que se plasma las audiencias celebradas en virtud del Art. 368 CPCC. Posteriormente, a fs. 176 y vta. certificó el actuario sobre el vencimiento del período probatorio y de su resultado se dió vista a la Defensora de Menores contestando la vista a fs.180/184; a fs. 185/186 presentó alegato la parte actora y la demandada lo hizo a fs. 187/190.

Finalmente, a fs. 198 procedo a avocarme a entender en las presentes actuaciones y a fs. 200 se llamó autos para sentencia, providencia que a la fecha se encuentra firme y motiva la presente.-

CONSIDERANDO:

I.- Que conforme fuera trabada la litis, merced a los escritos introductorios del proceso la cuestión a resolver en autos radica en determinar el incumplimiento o no del contrato que ha unido a las partes y en su caso si se ha constituido la responsabilidad civil endilgada a la Asociación Civil demandada, como así también la cuantía y extensión de los daños y perjuicios reclamados por la parte actora.-

II.- Corresponde precisar entonces qué normas aplicaré para resolver la cuestión traída a examen. Así, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci ha planteado dos reglas para determinar la ley aplicable conforme a las previsiones del art. 7 del CCyC y las enseñanzas de Roubier. La primera de ellas consiste en la de aplicación inmediata de la nueva ley, pero según como se encuentren la situación, relación o las consecuencias, al momento de entrada en vigencia de la misma. La segunda regla es que la ley es irretroactiva, sea o no de orden público. Regla que está dirigida al juzgador, no al legislador que puede establecer carácter retroactivo de la norma de modo expreso. Kemelmajer de Carlucci, Aída. La Aplicación del Código Civil y Comercial a Las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes. Rubinzal Culzoni. 1era edición. Santa Fe. 2.015.-

En ese sentido, observo que la relación jurídica objeto de autos está basada en un contrato entre las partes para proporcionar Educación de Nivel Inicial en una Institución

Privada a la niña A.G.I.C.O (como Sujeto de Derecho), su madre- en su representación y por si- Sra. Natalia Paola Ortiz Manuel, por el otro lado la Asociación Civil Cooperadora Jardín Maternal y de Infantes "Pie Pequeño.-

Esta relación jurídica fue constituida, y sus efectos se produjeron con vigencia de ley Civil anterior (febrero y Marzo de 2015). No obstante, no puedo soslayar que conforme a la naturaleza del contrato que ha unido a las partes, se ha sostenido que también y en tanto estos contratos se basan en cláusulas predispuestas que los transforman en contratos de adhesión como así también en tanto contrato de locación de servicios aplica la Ley de Defensa del Consumidor y en ese sentido, no puedo soslayar que el art. 7 del CCyC prevé en su tercer párrafo que las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.-

Por otro lado, cierto es que no obstante haberse constituido el contrato con la vigencia del CC. de Vélez la aparte actora ha invocado aplicable el CCyC entre otras normativas propias del régimen educativo y de derechos humanos, mientras que la parte demandada no ha identificado norma concreta en ese aspecto.-

Así, el CC de Vélez preveía conforme T.O. Ley 24830, la cuestión en el art. 1117, y el CCyC prevé la cuestión en el art. 1767.-

De todos modos y en cuanto al cuerpo normativo civil aplicable y sujeto a los hecho expuestos tanto en demanda como su contestación es evidente que la norma aplicable corresponde al C.C. de Vélez, sin perjuicio de lo cual ha de aclararse que de todos modos, aún de aplicar el CCyC la solución que daré al caso no sería distinta.-

Que despejada esa cuestión observe aplicable la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, Declaración Universal de los Derechos Humanos y Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica - como de nuestra Constitución Nacional en el art. 14 y la Constitución. Provincial en su arts. 60 en tanto define que la educación y la cultura son derechos esenciales de todo habitante y obligaciones irrenunciables del Estado.-

Con relación a la educación del niño, la Convención sobre dichos derechos -aprobada por ley 23.849/90- reconoce una consideración primordial hacia su interés superior por parte de los tribunales (conf. art. 3), facilitando su participación activa en la comunidad (ídem. art. 23) y, respecto a su educación, se tenderá al desarrollo de su personalidad, aptitudes y capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades, debiendo ajustarse la educación impartida en los establecimientos educativos a las

normas mínimas que prescriba el Estado (art. 29 inc. a) y párrafo 2).-

Además, concibo aplicables al caso los lineamientos de la Ley Nacional de Educación N° 26.206, la Ley Nacional de Educación Inicial N° 27.045, Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (26.061), la Ley provincial F N° 4819 - art. 2, 6, 128 inc. d) Art. 131 inc. c) y Art. 150 inc. e)- y las resoluciones del Consejo Provincial de Educación que regulan la Educación de Gestión Privada, entre ellas la Resolución N° 1195 y La Resolución N° 2500 que compone el Reglamento General de Escuelas dictadas por el Consejo Provincial de Educación de Río Negro.-

Entonces el derecho de contratación privada queda supeditado al ejercicio de otros derechos que conforman el Derecho Constitucional de Educación, según la Ley Nacional de Educación cuando establece que las instituciones que imparten Educación (sin diferenciar a la Gestión Pública o Privada) deben: "Brindar una formación ciudadana comprometida con los valores éticos y democráticos de participación, libertad, solidaridad, resolución pacífica de conflictos, respeto a los derechos humanos, responsabilidad, honestidad, valoración y preservación del patrimonio natural y cultural.(...)Garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad. (...) Asegurar condiciones de igualdad, respetando las diferencias entre las personas sin admitir discriminación de género ni de ningún otro tipo.(...) Garantizar, en el ámbito educativo, el respeto a los derechos de los/as niños/as y adolescentes establecidos en la Ley N° 26.061. Garantizar a todos/as el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de los diferentes niveles del sistema educativo..." (Ley 26.206 art. 11).-

Ahora bien, con relación a los Institutos de educación privada, más allá de los límites públicos estos mantienen lo que se reconoce como "Libertad de enseñanza", que la ejercen por medio del derecho de admisión y al estar facultados para crear los contenidos formativos propios, siempre y cuando respeten los aspectos de mínima que se establecen para la planificación pública en cada grado, así como en cada etapa educativa (Nivel inicial, primario, secundario o superior), según lo normado por la precitada Ley de Educación Nacional, -arts. 62 a 66-, por considerar que ambas facultades están directamente relacionadas con los fines y objetivos de quien enseña u organiza sociedades educativas.-

Esta mixtura de Derecho Público y Privado se pauta en nuestra legislación provincial, en la nueva Ley Orgánica de Educación Provincial f N° 4.819, en su título 7 regula la

actividad de los Agentes Educativos No Estatales, dispone que deben cumplir con la normativa y los lineamientos de la política educativa Nacional y Provincial; formular un proyecto educativo que responda a las necesidades de la comunidad; brindar toda la información necesaria para la supervisión pedagógica y el control laboral y contable en los casos que corresponda, por parte del Consejo Provincial de Educación. (art. 125). y la Resolución N° 2500 dictada por el Consejo Provincial de Educación de Río Negro, Reglamento General de Escuelas, en su art. 9: "Las escuelas privadas sin fines de lucro, las escuelas de gestión social y las escuelas de gestión cooperativa que reciban subsidio estatal, se registrarán por las mismas reglamentaciones que regulan el funcionamiento de las escuelas públicas?".-

Igualmente al definir el marco de la relación jurídica objeto de autos como contractual, debo recordar lo dispuesto por el artículo 1197 y 1198 del Código Civil, la necesaria buena fe en la actividad contractual. Las normas procesales no rigen solamente el objeto de los contratos, sino también la actividad contractual misma: la negociación, la interpretación y el cumplimiento. (conf. Belluscio, Augusto C. - Zannoni, Eduardo A., "Código Civil y leyes complementarias - Comentado, anotado y concordado", T. 5, pág. 896 y ss, Ed. Astrea, 1984, Buenos Aires).-

III.- En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de educación, en este caso privada y conforme a la ley aplicable he de recordar que el C.C de Vélez no reguló dicho contrato en forma específica, tanto es así que puede encontrarse alguna mención en el art. 1.624 y 4.035 inc. 2 y 3.-

El CCy C ha mantenido la atipicidad del contrato que aquí nos ocupa.-

Se ha expresado que " (...) el contrato de servicios educativos privados o contrato de enseñanza se configura cuando una parte denominada "establecimiento o institución no estatal" se obliga a desarrollar, en un contexto de organización empresarial, procesos de enseñanza-aprendizaje y la otra, individualizada como "educando" u "obligado", a colaborar en su ejecución asumiendo o no el pago de una suma de dinero por ellos." (Carlos A. Hernández y Julieta B. Trivisonno. Perspectivas contractuales de los servicios educativos privados. Una mirada desde el Código Civil y Comercial unificado).-

No puede soslayarse que en el caso se trata de una niña, por lo que he de tener en cuenta que "El contrato de enseñanza privada es considerado como un contrato a favor de tercero en donde se establece la siguiente relación jurídica triangular: a) estipulante: padre/s en ejercicio de la patria potestad compartida o no; b) promitente:

establecimiento educativo de enseñanza; c) tercero beneficiario: hijo menor (alumno). Dicha estipulación a favor del tercero nace de la voluntad del estipulante, se inserta en un contrato de carácter oneroso (en el caso del contrato de enseñanza privada), que le sirve de base, en donde la prestación hacia el tercero estará a cargo del promitente, y en donde el beneficiario es un tercero ajeno al contrato base entre el estipulante y el promitente".- Taraborrelli, José N. El contrato de enseñanza educativa privada constituye una estipulación a favor de tercero?. JURISPRUDENCIA ARGENTINA, 2003-i, fascículo n°1. pág. 33. Id SAJJ: DACA030046.-

Si bien la cita se refiere a patria potestad por la fecha en que fue escrita no ha de soslayarse que hoy el concepto se anuda en lo que ha de entenderse como responsabilidad parental.-

En cuanto a sus características sobresalen su onerosidad, unilateralidad o bilateralidad, también resulta ser no formal, y según se lo comprenda en la locación de servicios o de obra o no, será considerado típico o atípico, de ejecución continuada y de colaboración.- Por último, también surge el encuadre como contrato de consumo en el cual el establecimiento educativo surge como proveedor y el educando como usuario o consumidor con una fuerte protección al deber de información. CApel. Civ. y Com., Junin, ?L., M. I. y D. P., M. c/ I. C. M.?, 03/07/2007, RCyS 2007, 533 y CApel. Civ. y Com. 4a Nom., Córdoba, ?Instituto San Ana S.A. Abraham Jorge Felipe y otro. pve. otros títulos. recurso de apelación. exp N° 1801237/36?, 22/10/2013.-

En cuanto a las obligaciones de las partes surge primariamente ante el debate de obligación de medios o de resultados, que ha de entenderse como de resultado disgregando de ese concepto el éxito del educando en el proceso enseñanza-aprendizaje.-

No obstante, la obligación del establecimiento consiste en proveer educación sin perjuicio de las peculiaridades propias del nivel inicial y para ello generar las condicionales ambientales, curriculares y de personal imprescindibles para cumplir con su obligación.-

Como obligaciones accesorias quedan "(...) a cargo del establecimiento educativo ?especialmente de los ciclos iniciales de la educación formal?, brindar alojamiento, alimentación y material didáctico ?si así se hubiera convenido?; custodiar los bienes que se le hubieran confiado; disponer de asesoramiento profesional capacitado para contribuir en el proceso de enseñanza-aprendizaje del educando ?v. gr., psicopedagogos?; entre muchas otras. Por su parte, dentro de los deberes de conducta se

destacan los de información y seguridad. (...) En tal sentido, no puede desconocerse la necesidad de que los establecimientos educativos cuenten con adecuados mecanismos de comunicación acerca de la evolución y desempeño de los educandos, especialmente cuando se trata de menores de edad". Carlos A. Hernández y Julieta B. Trivisonno. *Perspectivas contractuales de los servicios educativos privados. Una mirada desde el Código Civil y Comercial unificado.*-

Por último, a fin de terminar de precisar la cuestión y conforme al caso aquí tratado con relación a la permanencia en el establecimiento educativo, es decir una vez que la niña en este caso ya ha sido admitida, se ha sostenido que los establecimientos han de obrar de modo tal de no incurrir en conductas arbitrarias o abusivas, dándose prioridad a la inclusión del alumno. CApel. Civ. y Com., Junín, ?L. M. I. y D. P. M. c/ I. C. M?, 03/07/07, RCyS, setiembre de 2007, p. 49 y ss.-

Por ello, cuando se aborda la cuestión de la permanencia ha de comprenderse la cuestión como extinción del vínculo. Así, la facultad rescisoria reconocida 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". (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).-

No puedo soslayar ?que dentro del contrato de educación privada la facultad 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).-

La jurisprudencia, más allá de la decisión que en concreto en cada proceso se haya adoptado, en su mayoría ha aceptado que el derecho de rescindir el vínculo del establecimiento no puede ser cohibido, a menos que la negativa apareciera como arbitraria mediante indicios, presunciones o causales objetivamente susceptibles de prueba. (Conf. Bidart Campos G. J comentario al fallo C^aCC 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).-

IV.- Que entonces, de conformidad a las circunstancias bajo las que el proceso discurriera, corresponde acudir al esquema probatorio y así debo tener en cuenta el

conjunto de normas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso (conf. Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1.972, T° 1, pág. 15). En relación a probar los hechos y los daños reclamados en cada rubro indemnizatorio, debe probarlos quien los invoca como base de su pretensión y los hechos extintivos e impeditivos, quien los invoca como base de su resistencia. Devis Echandía sostiene que corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición -pretensión o excepción- lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable, o dicho de otro modo, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. La alegación es requisito para que el hecho sea puesto como fundamento de la sentencia si aparece probado, mas no para que en principio la parte soporte la carga de la prueba. (Devis Echandía Hernando, Teoría general de la prueba judicial?, Buenos Aires, Ed. Zavalía, T 1, pág. 490 y ss).-

Ahora bien, este principio, como toda regla general, no es absoluto. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía por sobre la interpretación de las normas procesales a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (CSJN in re \"Baiadera, Víctor F.\", LL, 1.996 E, 679).-

Por ello, no resulta un dato menor recordar en este apartado que conforme lo dispone de manera específica la normativa procesal que nos rige, salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica -entre las que incluyo la inmediatez del juez de primera instancia-. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa. (conf. art. 386 CPCC titulado apreciación de la prueba). A ello se debe agregar, aunque parezca redundante, que tampoco existe la obligación de fundar la razón por la cual descarta o no alude de manera específica a otros medios probatorios. No cabe entonces sino concluir que la primera regla interpretativa al hacer mérito de la valoración probatoria efectuada por el magistrado -sin eludir la posibilidad del error- es

que la prueba soslayada no conducía, a su entender, a la averiguación de la verdad objetiva del caso.-

Y con relación a la verdad objetiva, debo aclarar que en función de las reglas de interpretación de la prueba basadas en la sana crítica hay una ligazón inescindible entre verdad objetiva y convicción judicial, de modo tal que ambas confluyen para la solución de todo caso traído al examen de los jueces.-

V.- Que efectuadas las anteriores precisiones, para el análisis y resolución del caso traído a examen recurriré especialmente a la prueba que en este estado permanece en el proceso y valoraré a la misma conforme a las reglas de la sana crítica de acuerdo con lo que prescribe el art. 386 del C.P.C.C. y en definitiva fundaré mi decisión conforme art. 3 del CCyC y art. 200 de la Constitución Provincial y.-

Que observo primeramente que las partes están contestes respecto de la existencia del contrato, centrándose la discrepancia en los aspectos relacionados con la ejecución del mismo, siendo que para la actora la demandada expulsó a la niña a un mes de ingresar al Jardín de infantes alegando problemas de adaptación luego de una charla mantenida el día 16 de marzo de 2015 con la Directora del establecimiento Sra. Carolina Chiaradía y considera que ello viola el derecho a garantizar el acceso y permanecía en la Educación inicial de la niña, mientras que para la demandada no ha acontecido la expulsión endilgada, sin que se dé en el caso conductas arbitrarias y discriminatorias por parte del establecimiento educativo.-

Es por esa discrepancia original que corresponderá verificar si se corrobora o no las postulaciones fácticas tanto de demanda como de su contestación, siendo que el modo en que ello se defina constituirá la solución del caso.-

VI.1- Que entonces, he de encaminarme a efectuar el análisis de la prueba producida en autos autos.-

En tal sentido permanece en el proceso la prueba documental acompañada la que fuera reconocida por la parte demandada y la actora respectivamente a fs. 108, a saber: Acta de Mediación del que surge el desistimiento de la instancia parte requerida a fs. 3/6, carta documento remitida por al actora a la demandada N° CD 487635204 a fs. 7, enviada el 10/04/2015; carta documento remitida por la demandada a la actora, fs. 8, enviada el 24/04/2015 y exposición policial de fs. 9.-

A fs.10/25 se hayan las facturas por pago de inscripción y aranceles del "Jardín Maternal de Risas Petisas", a fs. 26/34 los informes pedagógicos del período marzo-julio y de agosto- diciembre de 2016 de la niña A. del "Jardín Maternal Risas Petisas", a

fs. 35 se encuentra el informe sobre el periodo de adaptación firmado por la Docente Elba Díaz.-

Asimismo, a fs. 36/38 se hayan constancias de entrevistas psicopedagógica de la niña A. de las que surge que fue entrevistada los días 6/04,17/04 y 24/04/2015 junto a facturas por dichas sesiones.-

Asimismo, a fs. 39 se agrega certificado del médico pediatra Dr. Carlos Cucci del que surge que la niña goza de buena salud tanto del punto de vista clínico, neurológico, psicológico e indica que presenta los temores, miedos y angustias de un niño de su edad.-

Por otro lado, a fs. 40/66 se han agregado copias del Expediente administrativo N° 160 del 8/04/2015, que tramitó por ante la Defensoría del Pueblo caratulado "Ortiz Manuel Natalia S/ Solicitud resguardo de los derechos de su hija".-

Por último, a fs. 88 y vta. se presenta el acta certificada por Secretaría N° 56, con la nómina de autoridades de la cooperativa que conforma el Jardín demandado.-

Tengo en cuenta la prueba informativa dirigida a la demandada (fs. 171), de la que surge el valor de la matricula para la inscripción del Jardín y respectivas cuotas mensuales de los años 2015 hasta el año 2018. Junto a la declaración de los testigos Sra. Nora Escobar, Sr. Pablo E. Pérez, Dr. Carlos A. Cucci, Sra. Elba Beatriz Díaz, Sra. Pandora Eugenia Gandini, Sra. Natalia Cayunao y Sra. María Eugenia Castro, conforme a las audiencias previstas por el art. 368 del C.Pr, las que fueran registradas de modo audiovisual, extremo que ha quedado asimismo registrado en actas de fs. 131,142 y 165.-

VI.2- Que reseñado el complejo probatorio producido en autos he de determinar en primer orden que entre las partes ha existido un contrato de educación de nivel inicial respecto de la niña A.G.I.C.O. sin que existan cuestiones controvertidas respecto de la legitimación tanto activa como pasiva de las partes para intervenir en el presente proceso.-

Respecto de la ejecución del contrato, surge de lo que las propias partes han postulado y de las pruebas producidas en autos que el contrato ha existido para ellas.-

Con relación al desarrollo de la vinculación contractual y en tanto las partes no están contestes en el modo en que ello ha acaecido, esto es la divergencia en la existencia de exclusión intempestiva - fs. 3-, arbitraria y discriminatoria - fs. 7, extremo que se desarrollan, a su vez en demanda y que también se califican como expulsión de la niña tengo presente el e-mail en copia de fs. 54 de fecha 20 de marzo de 2015 donde la

Coordinadora de Supervisión de Educación Privada, Sra. Nora Escobar, solicita información al Supervisor de dicha rama sobre las acciones desarrolladas por el Jardín ?Pie Pequeño? tendientes a lograr la adaptación de la niña y requiere también constancias de la intervenciones de supervisión.-

Seguidamente surge a fs. 55, la nota de fecha 20 de marzo de 2015 del representante de la Supervisión de Educación Privada -Sr. Pablo E. Pérez -enviada a la Directora del Jardín Maternal y de Infantes ?Pie Pequeño?, Sra. Carolina Chiaradía, a través de la cual solicita información detallada de la situación que llevó al abandono de la escolaridad de la alumna A.C.O, en dicha nota textualmente aclara que ?(...) bajo ningún concepto puede excluirse a un alumno que haya ingresado en el sistema Educativo de la Provincia?.-

Surge también, a fs. 56, la respuesta dada en fecha 24 de marzo de 2015 por la Sra. Directora del Jardín Materno Infantil Pie Pequeño, Carolina Chiaradía, en la que expresó lo siguiente: ?Me dirijo a usted a fin de informarle que A.C.O. de 2 años y ocho meses DNI. (...) asiste al Jardín desde el 5 de febrero pasado. Como institución, consideramos que hoy no se encuentra preparada madurativamente para su adaptación al Jardín. El 16 de marzo pasado, luego de reiteradas charlas, se les aconsejo a sus padres posponer la adaptación de su hija para más adelante. Recalcamos que A. y su familia tienen abierta las puertas de la institución y que forman parte de la matrícula. Abiertos a un informe/evaluación psicopedagoga del equipo técnico de nuestra supervisión cuando retome la adaptación. ?.-

Asimismo, a fs. 57/58 surge informe de fecha 25 de marzo de 2015 enviado por el supervisor Sr. Pablo Esteban Pérez a su Coordinadora de Supervisión de Educación Privada, en el que refiere que: ?El día 16 del corriente los padres de la niña se presentaron en Supervisión para comunicar que su hija había sido excluida de la Institución. Apersonada la técnica Psicopedagoga Pandora Gandini, la Directora Carolina Chiaradía le explica que la niña no había logrado adaptarse, que consideraba que no era el momento adecuado para que la niña, de dos años de edad, se quedara en el Jardín y así lo había comunicado a los padres. La propia técnica le comunica a la Directora que no era ese el procedimiento correcto y que la niña debía continuar en el Jardín, contando con el acompañamiento y evaluación del equipo técnico de la Supervisión. A esto accede inmediatamente la Directora manifestando que no había estado en su intención dejar a la niña sin lugar sino ?volver a probar más adelante? . Más adelante continua refiriéndose el Sr. Pérez ante la negativa de los padres de la niña

A. de reintegrarla al establecimiento en tanto se había sido maltratada, que "(...) les dije que el accionar del Jardín había sido equivocado y le sugerí que pudieran disculpar esta situación para recuperar el vínculo y que A. pudiera continuar su escolaridad(...)?". Por último aclara que no hubo ningún tipo de intervención de la Supervisión previa al encuentro referido, ni administrativa ni pedagógica, ya que en ningún momento Pie Pequeño comunicó la existencia de esta dificultad.-

No puedo soslayar tampoco que a fs. 51 la Profesora Nora Escobar Coordinadora del Área de Educación Privada del Ministerio de Educación y DDHH en nota de fecha 4 de mayo a la Subsecretaria de Asuntos Legales del Ministerio explicó que "(...) junto con el Supervisor zonal concurrimos al Jardín para hablar con su Directora quien desestimó toda afirmación de la madre en notas de referencia, aduciendo que no realizaron informes porque la niña no había logrado concretar la adaptación pero que en ningún momento se resistieron a que la niña concurriera. Reconoció el error en que incurrió al no haber convocado al E. Técnico de la Supervisión para que orientará las acciones ante las dificultades que presentaba la niña. Solo plantearon la necesidad de esperar un poco más dada la angustia que no le permitía sostener todo el horario de adaptación sin llanto. (...)".-

Además, de las declaraciones de los testigos conforme a la audiencia prevista por el art. 368 del C.Pr. surge que el Sr. Pablo Esteban Pérez Chiteri, quien como indiqué, se desempeñaba como Supervisor de Gestión Privada refirió que en primer lugar, que fue la técnica pedagógica, Pandora Gandini a hablar con la Directora, y después fue él para hablar de la situación al Jardín, planteando que la niña tenía que seguir en el Jardín, que eso le dijo a la Directora quien le dijo que no había inconveniente de parte del Jardín. Detalló que existía una cuestión de adaptación y afirmó que la niña era muy chiquita y aparentemente lloraba, es un recuerdo que dijo tener de hace mucho tiempo, un caso que en su momento no consideramos grave, y a partir de ahí estaba la cuestión de si era bueno o no continuar en el jardín. Reiteró que la directora del Jardín, le contó la situación y enseguida estuvo dispuesta a que la niña continúe, refiriendo que se le ofreció a la madre que al día siguiente podía ir al jardín.-

Al ser consultado el Sr. Pérez acerca de si ante un inconveniente de un niño en la adaptación en un jardín, es obligatorio para el establecimiento solicitar la intervención del Equipo Interdisciplinario, éste refirió que no es necesariamente obligatorio, siendo difícil el tema en la gestión privada porque no tienen una reglamentación particular, sino que lo que se hace es una adaptación de las situaciones que están planteadas para la

administración pública. En relación a este caso, refirió que la directora del Jardín "Pie Pequeño", no solicitó la intervención de Supervisión frente a la problemática que se estaba suscitando con la niña, pero agregó que él no detectó errores pedagógicos relevantes. Y afirmó que, ante la propuesta que fue hecha en conjunto con el Jardín de que la niña continuara asistiendo al establecimiento, la madre consideró que se había roto el vínculo, ya no estaban las condiciones para continuar. Sostuvo que la adaptación de un niño al Jardín es muy volátil, cuando son nenes tan chiquitos hay idas y vueltas, hay tiempo que dejan de ir. Refirió que la adaptación siempre se pasa a los técnicos pedagógicos; y mencionó que en algunas instancias hay psicólogas también.-

A su turno la testigo Sra. Nora Escobar refirió que en marzo de 2015 era Coordinadora de Educación Privada y que conoció a la niña cuando sus padres pidieron una entrevista con dicha Área. Sabe que asistió al Jardín Pie Pequeño porque sus padres se lo comentaron en una reunión que pidieron, habiendo tomado contacto en ese primer momento con la situación. Recuerda que los padres pidieron intervención y que ella habló con el Supervisor de este tema, quién le refirió que la niña no se podía adaptar porque era muy pequeñita, que no entendían saludable que permanezca en la Institución. Dice expresamente que ¿ se propuso que como no tenía la edad se posponga al año siguiente? Recuerda que se hizo un acta con la familia y que el Jardín pidió una reunión con el Supervisor.-

Por su parte, la testigo Sra. Natalia Cayunao afirmó que es mamá de un nene del Jardín y que recuerda que había una nena que lloraba. Comenta que ella la veía cuando iba a buscar a su hija; que la nena estaba con la mochila diciendo que se quería ir. Recuerda que fue durante el tiempo que duró la adaptación y también después. También recuerda haber visto a los dos papás de la nena A. en la etapa de adaptación, que la acompañaban. Afirmó que el período de adaptación dura aproximadamente 10 días y que era un plazo común para todos los chicos.-

El testigo Sr. Carlos Cucci, médico pediatra de la niña refirió que nunca notó nada especial ni nada que le llamara la atención desde que atiende a A. como pediatra. Que la madre le cuenta que A. tenía un problema en el Jardín, porque querían que la sacara, lo que lo sorprendió porque nunca tuvo una consulta de ese tipo. Comentó que la madre le consultó si había algo que le "pudiera haber pasado" en su desarrollo, alguna alteración, refiriendo que él no encontraba nada que pudiera justificar una conducta inapropiada de la pequeña. Comenta que le pidió a la mamá que desde el Jardín se lo informen por escrito, informe que nunca le presentó suponiendo que no se lo dieron. Afirma ¿que A.

nunca le dijo nada ni se lo dio a entender en relación a este tema?. -

Por otro lado, la testigo Sra. Pandora Eugenia Gandini de Briante, expresó que se desempeñaba en este tiempo como psicopedagoga de Supervisión de Educación Privada, recuerda que los padres de A. se presentaron en la Supervisión de Educación Privada refiriendo porque desde el Jardín le plantearon que la nena no se estaba adaptando, y el Jardín proponía alargar el período de adaptación y ellos sintieron que los habían "sacado" del Jardín. Que la Directora le informó que desde la Institución le plantearon mayor tiempo para acompañar a la niña, habiendo ella ofrecido al Gabinete para que colabore en esta situación pero que la familia estaba muy enojada y no querían volver, porque ¿se habían sentido muy incómodos?. Refiere que el Equipo Técnico es un apoyo o sostén y que las instituciones siempre intentan buscar otras opciones antes de recurrir a éste, que no es obligatorio recurrir inicialmente a él. Que entendió que existió algún problema de comunicación entre la familia y la Institución. Recuerda que estaban muy enojados porque la nena no se estaba adaptando a la Institución, y ellos como Equipo no podían encontrar la manera de que la familia pudiera regresar para conversar.-

La testigo Sra. Elba Beatriz Díaz, refirió haber sido la maestra jardinera de A. cuando ingresó a la Salita de 3 años. Comentó que transcurrido un mes y medio de su ingreso la niña no se adaptaba pese a los diferentes intentos de incluirla con los demás compañeritos y separarla de sus padres. Relató que cuando comenzaba con los llantos y angustia se convocaba enseguida a los progenitores, como en todos los casos, quienes siempre acudían. Comentó que la niña tomaba su mochila y lloraba, no compartía tiempo con sus compañeritos y pedía por su madre. Relató que puesto el hecho en conocimiento de su Directora, se convocó a los padres y la niña no volvió más.-

María Eugenia Castro explicó que su hija concurre a ese Jardín y que fue compañera de A. en la Salita de 3 años. Recuerda que la niña lloraba mucho y que el tiempo de adaptación de los niños es de una semana para todos y luego en particular con cada niño según su evolución. Comentó que los padres acompañaban a su hija cuando lloraba, incluso cuando la declarante se retiraba, ellos se quedaban. Y mencionó que el Jardín convoca a los padres cuando los niños lloran o están angustiados.-

VI.3.- Que de la prueba hasta aquí analizada, y ya probado el contrato y su interrupción, he de verificarse ahora si la salida de la niña A. se constituye como arbitraria y sin fundamentos por parte de la institución demandada, pues se observa que aún de tratarse de la transición de un periodo de adaptación, la cuestión aquí tratada no radica en la

admisión a la educación inicial sino de su permanencia cuando ya había sido celebrado un contrato que estaba en curso de ejecución.-

VI. 4.- Para ello resulta necesario referirme al denominado "periodo de adaptación" o explicitado con mejor precisión, al periodo de inicio.-

Se ha dicho que "El período de inicio corresponde a una primera etapa, en la cual se recibe a los niños y a sus familias institucionalmente, momento del año en el que se establecen los primeros vínculos y los 'contratos' en relación con las expectativas mutuas entre docentes/institución educativa y niños con sus familias. Es un período caracterizado por situaciones centradas fuertemente en el compromiso afectivo-social, que implica la separación de los niños de sus figuras familiares de sostén, y la posibilidad de iniciar una red de vinculaciones con otros adultos y otros niños, con quienes se aprenden diversos saberes en un contexto nuevo, con lógicas organizativas temporales y espaciales particulares y diferentes de las conocidas hasta ahora. Esta etapa persigue el propósito de ofrecer las condiciones institucionales, materiales, afectivas y sociales adecuadas para que los bebés y los niños puedan lograr establecer vínculos de confianza y seguridad en el nuevo contexto social. En este sentido se propone que logren reconocer el ambiente escolar del jardín como un lugar confiable, un 'buen lugar' al que se tienen ganas de llegar y quedarse porque ofrece desafíos, nuevas propuestas y, al mismo tiempo, mantiene ciertos modos semejantes a los domésticos: modos de actuar, de jugar, de comer, de sentirse escuchado y reconocido. Es un proceso gradual, personal, para cada niño y su familia y es a su vez grupal para todos los protagonistas de cada institución." (Ministerio de Educación de la Nación. Familia y jardines, el período de inicio. - 1a ed. ilustrada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Educación de la Nación, 2015. 66 p.; 22 x 17 cm. -(Temas de Educación Inicial; 9) ISBN 978-950-00-1139-6 1. Educación Inicial. CDD 372.21 <http://repositorio.educacion.gov.ar:8080/dspace/bitstream/handle/123456789/110173/inicial%2009%20web.pdf?sequence=1>).-

Asimismo, y con relación específica a este periodo "Hablamos de iniciación y no de adaptación, considerando que en este tiempo se desarrolla un proceso de integración de los niños y sus familias a una institución educativa que los recibe. Aunque el término adaptación estuvo pensado como proceso de transformación de cada uno de los sujetos (niños y adultos), muchas veces se entendió como un tiempo de incorporación de pautas de funcionamiento institucional, bajo el supuesto de que ese proceso se desarrollaba en el primer mes de clase aproximadamente. Hoy sostenemos que durante este período lo

fundamental es establecer vínculos afectivos y colaborativos entre los niños y los docentes y entre los docentes y sus familias, a la vez que se consolidan entre los adultos de la institución de manera de construir relaciones de confianza y seguridad, que permitan, en el desarrollo de las diferentes actividades, ir acordando de a poco las pautas que encuadraran la tarea educativa. Este proceso es mucho más prolongado y por eso es más adecuado pensar en un período de inicio a la actividad escolar y no de adaptación" (Obra citada precedentemente).-

También se ha explicado que "El período de inicio supone un primer momento, en el que los niños y niñas logran separarse de su familia sin dificultades y comienzan a cumplimentar su permanencia en el Jardín durante toda la jornada; un segundo momento en el que los grupos se conforman, se establecen los vínculos afectivos con pares y adultos, se comunican verbalmente, se apropian de los espacios y materiales más significativos; un tercer momento, en el cual, ya afianzados en su grupo y en su sala, se "abren" al mundo del Jardín." (Abuchedid, Russomando. (2008). Empezamos el Jardín "Propuestas para el período de inicio". Capítulo II y capítulo III. Ed. Magisterio del Río de la Plata. Buenos Aires, Argentina. P. 59).-

Efectuado este breve encuadre respecto del periodo de inicio parece ser observado desde el propio Estado y también desde la doctrina especializada que esta etapa requiere de cierta mutualidad en cuanto a que no es el niño el que se adapta sino que se inicia, de donde ha de desprenderse que si perseveráramos en mantener el vocablo adaptación pareciera que ella ha de ser recíproca, pues la institución ha de desplegar también los recursos técnicos pedagógicos para que una vez admitido el niño transite ese periodo conforme a su propia individualidad existencial bajo un delicada vinculación como sujeto con el entorno institucional. Ello a su vez no puede sino ser reforzado desde una óptica de Derechos Humanos.-

VI.5.- En cuanto al régimen legal que se presenta aplicable el art. 11 de la Ley 26.206 prevé entre los fines y objetivos de la Política Educativa Nacional en su inciso f) "Asegurar condiciones de igualdad, respetando las diferencias entre las personas sin admitir discriminación de género ni de ningún otro tipo".-

Y en el inc. h) del mismo artículo se prevé "Garantizar a todos/as el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de los diferentes niveles del sistema educativo, asegurando la gratuidad de los servicios de gestión estatal, en todos los niveles y modalidades"

Por otro lado, nuestra Ley Provincial F 4.819 concibe a la Educación como Derecho

Social y en su art. 5 prevé que "El Estado Provincial en ejercicio de su responsabilidad indelegable, se constituye en estado docente con el objeto de garantizar el derecho de aprender como derecho colectivo que se ejerce en la escuela pública, en condiciones de igualdad y calidad educativa, a través del sostenimiento del sistema público de educación, la gratuidad de la educación en todos los niveles educativos y modalidades que se fijan en la presente, la universalidad en el acceso, la permanencia, la recurrencia y el egreso, asegurando una educación laica que respete las distintas culturas y la libertad de creencias religiosas e integrando a las familias en su derecho natural e inalienable al cuidado y educación de sus hijos".-

Asimismo, la Ley 27045 de Educación Inicial prevé en su artículo 3 que sustituye el artículo 18 de la ley 26.206, que "La educación inicial constituye una unidad pedagógica y comprende a los/as niños/as desde los cuarenta y cinco (45) días hasta los cinco (5) años de edad inclusive, siendo obligatorios los dos (2) últimos años."

En el orden provincial la Ley F 4.819 ya citada prescribe en su art. 13 que "El Sistema Educativo Provincial comprende a los siguientes niveles de educación: a) Educación Inicial: Organizado como unidad pedagógica y constituido por jardines maternos, para niños desde los cuarenta y cinco (45) días a dos (2) años de edad inclusive, escuelas infantiles desde los cuarenta y cinco (45) días a los cinco (5) años de edad inclusive, jardines de infantes para niños de tres (3) a cinco (5) años de edad inclusive, siendo los dos últimos años obligatorios".-

En el Título 3, Capítulo I referido a Educación Inicial se prevé en el art. 22 que "El nivel inicial sustenta sus prácticas educativas y objetivos pedagógicos en los principios fundamentales de la protección integral de los derechos del niño incorporados a la Constitución Nacional y regulados mediante la Ley Nacional N° 26.061 y la Ley Provincial D N° 4109. Conforme a estos principios los niños son sujetos de derecho, en tal sentido, su educación debe desarrollarse en estrecha vinculación con las personas de su entorno familiar y demás referentes significativos de los niños: las familias, los adultos que trabajan en las instituciones educativas, las comunidades".-

También, el art. 23 prevé que "La educación inicial constituye una unidad pedagógica desde los cuarenta y cinco (45) días hasta los cinco (5) años inclusive, siendo obligatorios los dos últimos años. La estructura de la educación inicial está organizada en: a) Jardines maternos, para niños desde los cuarenta y cinco (45) días hasta los dos (2) años de edad inclusive."-

Puede vislumbrarse entonces que no solo se garantiza el ingreso a la educación como

política pública tanto del Estado Nacional sino también Provincial debiendo garantizarse la permanencia una vez que el niño/a ha ingresado al sistema.-

Aún de no concebirse sino obligatoria a partir de los cuatro años se considera legalmente como unidad pedagógica dentro de la educación inicial al niño a partir de los 45 días.-

VII.- La responsabilidad: Corresponde analizar entonces la responsabilidad que la actora endilga a la demandada por el incumplimiento contractual.-

Así, yendo al caso concreto la demanda se constituye como Jardín Maternal y de Infantes -fs. 88.-

Que asimismo, resulta probado de acuerdo con la prueba documental producida de donde surgen manifestaciones tanto de la propia representante de institución demandada como del área correspondiente del Ministerio de Educación y DDHH que el contrato fue interrumpido bajo un argumento que se califica como "reprogramación de la adaptación"- fs. 35,- por parte de la docente Elba Díaz quien también ofició como testigo, siendo que la propia Directora del Jardín demandado explicó a fs. 56 que se aconsejó a los padres de A. "posponer la adaptación de su hija para más tarde".-

La misma directora conforme surge de fs. 57 ante el Supervisor de Educación Privada expresó que la niña "no había logrado adaptarse" y que no había estado en su intención dejar a la niña sin lugar sino "volver a probar más adelante".-

Por otro lado, surge claramente de fs. 55 la postura asumida por el Estado Provincial en la que se requiere a la demandada que "(...) comunique a la brevedad a la familia que la alumna sigue teniendo su lugar en el Jardín garantizando el acompañamiento pedagógico de esta supervisión, ya que bajo ningún concepto puede excluirse a un alumno que haya ingresado al Sistema Educativo de la Provincia".-

Con lo dicho hasta aquí y en base a las definiciones dadas oportunamente respecto de las implicancias y alcances del periodo de iniciación y dada la calificación de "exclusión" de la niña A por parte del propio Estado conforme párrafo antecedente, lo cual se refuerza por el propio reconocimiento efectuado por la directora del establecimiento, es que encuentro incumplido el contrato de educación inicial por parte de la demandada.-

Ello así porque se ha determinado la exclusión de la niña, aún ante el cambio de posición posterior a ello en virtud de las directivas dadas por el propio Estado, siendo esa incidencia contractual arbitraria y sin razones apoyadas en criterios pedagógicos admisibles, que por otro lado no se han dado, aunque se resumen en el hecho de que la

niña "no se encontraba preparada madurativamente para su adaptación al Jardín" - fs. 56.-

Aún de ser ello así, el establecimiento no tenía cauce legal para obrar como lo hizo, y tampoco demostró realizar todos los esfuerzos, que por otro lado le corresponden en tanto Jardín Maternal, para que el tránsito de iniciación escolar sea debidamente receptado desde la institución.-

Observo así, que no se trata que la niña no se adaptó a la institución en su nivel inicial sino que esta última no se adaptó al desafío que la niña A. presentaba en el marco de un contrato de excepcional extinción.-

Concluyo así que existe autoría y antijuricidad en la conducta de la demandada en el cumplimiento del contrato entendiendo que de constituir la imposibilidad de adaptación de A. en base a su propia imposibilidad, lo cual podría determinarse como una situación con origen en la propia niña, no resulta ello ni siquiera como justificante o eximente de responsabilidad en la demandada, en tanto Jardín Maternal., pues se le endilga a ella que no está "(...) preparada madurativamente para su adaptación al Jardín" (fs. 56) sin más y sin haberse probado que se hayan tomado recaudos pedagógicos para transitar esa situación cuando la niña ya había sido admitida en la Educación Inicial.-

Tampoco ha surgido que se haya informado a los padres previo al inicio del contrato cuestiones relacionadas con la permanencia de A. en el Jardín por lo que la regla es su continuidad con base en la Ley Provincial, y en caso de que surjan cuestiones como las que aquí se resumen en el hecho discutido, han de ser abordadas debidamente y con la calidad institucional que exige no solo la ley sino también el resguardo Convencional conforme al derecho humano a la educación de los Niños y Niñas en su interés superior.-

Por otro lado, más allá de que al día siguiente intentó la Directora remediar su conducta en base a la claras indicaciones del Ministerio de Educación y DDHH a través del equipo técnico correspondiente -el que me resulta importante destacar se encontraba a su disposición desde siempre-, termina de corroborar su incumplimiento contractual respecto del tránsito en el periodo de iniciación de la niña A.-

Aunque los Supervisores de Educación Privada explican que para dicha rama no existe un procedimiento pedagógico regulado que debe llevarse a cabo frente a un problema de iniciación en la escolaridad, estimo que deben aplicarse los parámetros legales de la Ley Nacional y Provincial en cuanto tutelan la admisión desde los 45 días - no obligatoria- y la permanencia en el sistema.-

Asumo también que tratándose de un Jardín Maternal y aún encontrándose la niña en una edad de no obligatoriedad de la Educación Inicial una vez que fue admitida en la institución, el equipo de dicho establecimiento debía contar con un plan pedagógico que se adapte a la necesidad particular de la niña para que transite su incorporación al sistema educativo, siendo que la propuesta institucional de posponer la educación para más adelante lo cual se concreta en la exclusión - conforme a lo expuesto por el propio Ministerio de Educación y DDHH- y que califico de arbitraria no aplica como propuesta fundada para que la niña egrese del Jardín sin la voluntad de los padres.-

En ese sentido, no surgen de los informes efectuados por la demandada, ni de los dichos de los testigos, cuál fue la propuesta pedagógica que el Jardín Maternal ponía a disposición para que la niña se mantenga presente en dicho establecimiento. Tampoco surge de la causa que la Directora, frente a los inconvenientes detallados, allá solicitado colaboración técnica ya sea en el ámbito privado o público, como antes se ha expresado respecto del equipo de Supervisión.-

También observo que los desafíos que propuso la niña a la institución no se han demostrado como imprevisibles para un establecimiento especializado como Jardín Maternal, sino como posibilidad previsible en este tipo de contratos de educación privada de nivel inicial.-

Se imponía entonces adoptar las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y correspondientes a las circunstancias de la persona, esto es 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 entonces 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, conforme al tipo de obligación que campea este contrato.-

Se ha dicho que "El incumplimiento de una obligación contractual puede justificar ciertos remedios jurídicos que son propios del contrato incumplido, que deben ser calibrados a la luz de su objeto y causa fin y, fundamentalmente, del interés del acreedor. Hay incumplimientos de obligaciones contractuales que impactan de modo tan

grave en la ecuación negocial que habilitan a la otra parte a solicitar su resolución por incumplimiento (...) tal lo que ocurre cuando el cumplimiento estricto de la de la prestación es fundamental dentro del contexto del negocio jurídico, o cuando el cumplimiento tempestivo de la obligación es condición del mantenimiento del interés del acreedor, o en aquellos casos en que el incumplimiento priva a la otra parte de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar, o cuando es intencional o anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor. (...) Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo. Tratado de Responsabilidad Civil. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2017. T I. Pág. 85.-

Que habiendo sido determinado el incumplimiento contractual de la parte demandada y que califico como esencial en atención a la finalidad del contrato sin que hubiera marco legal ni fundamentos para ello es que se vislumbra hasta aquí a la Asociación Civil Cooperadora Jardín Maternal y de Infantes "Pie pequeño" como responsable civil por incumplimiento contractual.-

No obstante corresponde ahora analizar si el incumplimiento ha producido daño resarcible con causa en la exclusión de la niña A. del establecimiento demandado.-

VIII.- El Daño. Rubros indemnizatorios pretendidos:

La cuestión a dilucidar radica ahora en determinar -si correspondiere o no- la procedencia de cada rubro indemnizatorio solicitado por la actora y en su caso la cuantificación de los daños reclamados.-

El daño es ¿todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, a sus derechos o facultades? (CSJN, 22/12/93, E.D. 157-581)?; ¿es un componente inseparable del acto ilícito (T.S. de Córdoba, Sala CCom. CAdm., 12/12/86. LLC 1987-438)?; ya que ¿si no hay daño, directo ni indirecto, no hay acto ilícito punible para los efectos de este código (CNCiv., sala B, 28/9/84, E.D. 112-233)? Además, ¿debe ser cierto y actual para que pueda existir resarcimiento (CSJN, 07/03/85, E.D. 113-612). En este sentido, la Corte Suprema, en ¿Provincia de Santa Fe c/ Nicchi?, juzgó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera ¿justa?, puesto que ¿indemnizar es (...) eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento?, lo cual no se logra ¿si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida? (Sent. del 26-VI-1967, Fallos: 268:1121, considerandos 4° y 5°)?.-

Resumiendo, no basta solo con la existencia del daño, sino que, además, se requiere que este revista suficiente entidad para ser calificado como ¿resarcible?. Como explica

Galdós, ¿el daño jurídico resarcible requiere la lesión, el detrimento, menoscabo o afectación del bien más las consecuencias indemnizables; se trata de dos requisitos inescindibles en los que la ausencia de uno de ellos priva al daño de su rango jurídico?(Conf. Galdós, Jorge M., en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ricardo L. Lorenzetti (dir.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. VIII- pág. 481.).-

Sentado ello, la actora identificó como rubros cuya indemnización pretende: Daño Moral y Daños Materiales (Gastos). En base a lo indicado debo resolver ahora el alcance de cada daño.

VIII.1.- Daño moral: La actora reclama en primer lugar, daño moral para sí y para su pareja -y progenitor de la niña Sr. Marcelo Calvo- y para la Niña A.G.I.C.O. por la suma de \$ 40.000.-

Cabe recordar que el daño moral consiste en ¿todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra y como tal debe ser indemnizado? (S.C.B.A. L58812, 25/3/97 ¿Obregón?, D.J.B.A. 152-274; L65757, 23/2/2000 ¿Villagrán?, D.J.B.A.158-85). Este rubro tiende a resarcir el sufrimiento causado por una lesión a los sentimientos de una persona que determina dolor o sufrimiento, modificación disvaliosa del espíritu o agravio a las afecciones legítimas que puede consistir en profundas preocupaciones, estado de aguda irritación y en general toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación pecuniaria; afectado el equilibrio anímico de la persona ...?(conf. CNCom. esta Sala, in re ¿Jotafi Computación Interactiva SA y otro c./ Banco de Galicia y Bs. As. SA? del 17/02/2010; id. in re ¿Vega Fabricio N. c./ Expreso Caraza SAC? del 20/03/2007).-

Tengo en cuenta que la responsabilidad contractual queda librada al arbitrio del Juez, quien apreciará su procedencia con un criterio restrictivo. En materia contractual el artículo 522 del código citado establece que el Juez “podrá” condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado. Ello ha llevado a la doctrina y jurisprudencia a sostener que allí donde dice que el Juez “podrá” deberá entenderse que dice deberá, pero siempre que se demuestre la existencia del daño moral y la justicia en repararlo (conf. Borda, Tratado de Obligaciones I ? 175, Mosset Iturraspe, Estudios sobre responsabilidad civil por daños I ? 223, Trigo Represas ? Stiglitz, nota en L.L. 1985 ? B ?139).-

Es repetida la posición que predica que no corresponde la indemnización del daño moral, si los trastornos padecidos por la rescisión del contrato no trascendieron las

molestias o perturbaciones habituales provocadas por el incumplimiento de obligaciones contractuales, las que ingresan dentro del campo de las previsible alternativas de la vida negocial.-

En este rubro la víctima debe probar no solo su existencia, sino además su cuantía o, cuando menos, las pautas de valoración que permitan al Juzgador proceder a la determinación de conformidad con lo que establecen los CCiv: 522 y CPr 165. De otra manera la indemnización podría configurar una confiscación o enriquecimiento sin causa a favor del reclamante (conf. CNCom. esta Sala, in re "Laborde de Ognian Ethel Beatriz c. Universal Assistance SA" del 09/02/2010 y sus citas).-

En relación a la situación de incumplimiento por parte de la demanda quien excluyó a la niña A. del nivel inicial de un modo que califico de arbitrario y más allá de retractarse en corto plazo e intentar volver a integrarla a la institución luego de ser advertida por los Supervisores de Educación Privada- como se ha demostrado en autos, entiendo que ello opera como condición con aptitud jurídica que ha causado en la niña y en su madre molestias que exceden las propias de este tipo de vínculo contractual y que vislumbro calificables como daño moral.-

Así, se acreditó que luego de la charla del día 16 de marzo de 2015 mantenida por los padres con la Sra. Chiaradía, al considerar que su niña era excluida de la institución educativa, se emprendieron acciones para obtener protección del Estado Provincial (Consejo de Educación) frente a la situación en que la institución privada los había puesto.-

No puedo soslayar que a fs. 49 surge una nota que la actora envió a la Defensora del Pueblo de donde se explicita que la situación le generó "impotencia, dolor, sin saber que hacer", a fs. 57 en nota a Coordinadora de Área de Educación Privada refiere a que "había sido maltratada", en acta de fs. 19 ante Coordinadora de Educación Privada y Secretaría Pedagógica refieren los padres "malestar e indignación", a fs. 66 en Acta ante Defensoría del Pueblo señala la Sra. Ortiz haber sentido "Indignación". Incluso en Acta exposición policial la Sra. Ortiz da cuenta de que luego de la situación vivida en el Jardín se "retiró desorientada", siendo todos ellos extremos contestes que me indican que ese padecimiento excede un superficial malestar propio del desarrollo previsible de un contrato.-

Con relación a la niña, no soslayo que ha vivido la situación antes narrada, pues no puedo sino suponer conforme a las máximas de la experiencia que el estado anímico-espiritual generado en sus padres -entorno familiar- a causa de su exclusión del Jardín

Maternal al que concurría, también se ha traslado de igual modo a ella atendiendo a la situación de vulnerabilidad que presenta la niña en una situación como la aquí debatida y que la centra en el conflicto, sin que pueda valorar como lo pretende la demanda como alivio a la situación el haberla excluido de la institución para probar más adelante si era posible que realice la "adaptación".-

Tampoco soslayo que el Dr. Cucci no observó cuestiones relacionadas con la salud de la niña, extremo que no invalida la cuestión en párrafo anterior expuesta, pues los padecimientos en esta esfera no tienen por qué necesariamente traducirse en síntoma físico o de conductas permanentes.-

Todo ello da cuenta de que la cuestión abordada integralmente y con una debida valoración del interés superior de la niña no puede ser asimilada, como antes dije, como mera molestia en la ejecución del contrato desprendiéndose probado el daño moral por lo antes dicho y como surgente de modo notorio de los propios hechos probados - extremo que en el CCyC ha sido recogido en su art. 1744.-

Que asimismo, tratándose de un contrato de educación privada en el que participa, al menos en este trámite la madre de la niña A. y teniendo en cuenta que tanto la madre como la niña surgen como actoras y parte del contrato es que conforme art. 1.078 del C.C. he de hacer lugar al presente rubro pretendido a favor de la niña A.G.I.C.O. y su madre Natalia Paola Ortiz Manuel, no así respecto del padre de la niña quien no se ha presentado en autos para su reclamo más allá del alcance dado por la petición en demanda.-

En orden a su cuantificación debo recordar que el monto del daño moral es de difícil fijación, que no se halla sujeto a cánones objetivos, ni a procedimiento matemático alguno, correspondiendo atenerse a un criterio fluido que permita computar todas las circunstancias del caso, sobre la base de la prudente ponderación de la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados y a los experimentados, hallándose así sujeto su monto a la circunscripción y discrecionalidad del juzgador". (Cfr. CACiv Viedma "Céspedes Narciso c/ Pfund Raúl Oscar y otros s/ daños y perjuicios (ordinario)", 21/03/2017.-

Teniendo en cuenta la índole del hecho generador de responsabilidad, la prueba producida en autos, de acuerdo con las previsiones del art. 165 del C.P.C.C., considero razonable hacer lugar a este rubro por la suma de \$ 25.000 con más una tasa pura del 8% anual lo que equivale al 0,66 mensual o 0,022 diario- desde la fecha de fecha 16/03/2015 en que se produjo la exclusión - fs. 9- hasta la fecha de sentencia en

consecuencia han pasado 4 años, 2 meses y 17 días -1544 días- lo que se constituye en un 33,96 % por lo que la suma asciende a \$ 33.490 a la presente, todo lo anterior conforme a parámetros del fallo del STJ "Garrido Paola Cancina C/ Provincia De Río Negro S / Ordinario S/ Casación" de fecha 15/11/2017, Sent. N° 89 y de allí en más y hasta su efectivo pago devengará intereses a la tasa prevista conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que en el futuro determine el Superior Tribunal de Justicia.-

VIII.2.- Daños Materiales: La actora por este rubro reclama la suma que componen el pago de la matrícula anual en la Asociación Civil Cooperadora Jardín Maternal y de Infantes "Pie pequeño?", la diferencia del pago de la matrícula y de las cuotas en "Risitas Petisas" que reclama haber sido mayor a la abonada previamente en el jardín demandado así como las consultas psicopedagógicas realizadas reconocidas a fs. 108.-

Sabido es que el daño emergente consiste en la disminución que experimenta el patrimonio del damnificado al ser privado de un "valor" que en él existía antes del hecho dañoso que motiva el juicio.

En este sentido, el resarcimiento debe extenderse a todos los gastos, y precios abonados, necesarios para restaurar el equilibrio patrimonial perdido.-

Entiendo entonces que integran estos gastos resarcibles la suma que componen el pago de la matrícula anual en la Asociación Civil Cooperadora Jardín Maternal y de Infantes Pie Pequeño abonada en febrero de 2015 cuando la niña ingreso al Jardín, que según fs. 171 en el año 2015 fue de \$ 800.-

También he de reconocer el costo de dos sesiones psicopedagógicas con la Lic. María Belén Correa realizadas cuya acreditación corresponde a facturas de fs. 37/38 y constancia de fs. 36 de haber concurrido a tres sesiones.-

Y ello así, en tanto observo que existe aptitud causal entre la exclusión arbitraria de la niñas y los gastos antes pretendidos.-

No considero que deba incluirse en este rubro y reintegrados la diferencia del pago de la matrícula y de las cuotas en "Risitas Petisas" que reclama haber sido mayor a la abonada previamente en el jardín demandado, ya que la elección del cambio al Jardín privado "Risitas Petisas" ha sido de la actora existiendo otras alternativas más económicas o directamente con acceso a la educación Pública y gratuita, por lo que no observo que este gasto sea derivado de forma directa del incumplimiento contractual en este decisorio comprobado.-

Por lo expuesto corresponde, a fin de cuantificar el rubro, que en etapa de ejecución de

sentencia se practique liquidación de valor de la matrícula anual actualizada de la Asociación Civil Asociación Civil Cooperadora Jardín Maternal y de Infantes Pie Pequeño y el valor de tres sesiones psicopedagógicas actualizados de la Licenciada Correa, siendo que a partir de su aprobación devengará hasta su efectivo pago intereses a la tasa prevista conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que en el futuro determine el Superior Tribunal de Justicia.-

IX.- Por los fundamentos expuestos corresponde hacer lugar a la demanda por Daños y Perjuicios interpuesta a fs. 67/75 por la Sra. Natalia Paola Ortíz Manuel por derecho propio y en representación de su hija menor de edad A.G.I.C.O. y condenar a la Asociación Civil Cooperadora Jardín Maternal y de Infantes "Pie pequeño" a que en el plazo de diez días abone a la actora por Daño Moral la suma de \$ \$ 33.490, debiendo practicarse liquidación para la cuantificación del rubro Daño Material en la etapa de ejecución de sentencia conforme a fundamentos dados en Considerando VIII.2, y de allí en más y hasta su efectivo pago devengará intereses a la tasa prevista conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que en el futuro determine el Superior Tribunal de Justicia.-

X.-Costas y honorarios: Si bien existe una corriente jurisprudencial que indica que en base al principio de reparación plena las costas en los procesos de daños y perjuicios en caso de vencimiento, aunque sea parcial, siempre se imponen al demandado, lo cierto es que dicha postura también convive con la que dice que las costas se imponen en la medida de la concurrencia en la causación del hecho e incluso con una tercera postura que se sostiene en la medida del progreso de la demanda.-

Así, tomando como base esas tres posturas y con un adecuado balance de las mismas aplicadas al presente caso tengo en cuenta que, en virtud de la dimensión de la procedencia de los rubros y del principio de reparación plena, el vencimiento en estas actuaciones corresponde a la actora por lo que impondré las costas a la demandada conforme al art. 68 del CPCC.-

Atento a que aún resta cuantificar el rubro Daño Material diferiré la regulación de honorarios hasta que se existan pautas para ello.-

Por los fundamentos expuestos;

RESUELVO:

I.- Hacer lugar a la demanda de Daños y Perjuicios interpuesta a fs. 67/75 por la Sra. Natalia Paola Ortiz Manuel por derecho propio y en representación de su hija menor de edad A.G.I.C.O. y condenar a la Asociación Civil Cooperadora Jardín Maternal y de

Infantes "Pie pequeño" a que en el plazo de diez días abone a la actora por Daño Moral la suma de \$ 33.490, debiendo practicarse liquidación para la cuantificación del rubro Daño Material en etapa de ejecución de sentencia conforme a fundamentos dados en Considerando VIII.2, y de allí en más y hasta su efectivo pago devengará intereses a la tasa prevista conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que en el futuro determine el Superior Tribunal de Justicia.-

II.- Imponer las costas a la parte demandada (art. 68 del CPCC) y en tanto resta cuantificar el rubro Daño Material diferiré la regulación de honorarios hasta que se existan pautas para ello.-

III.- Regístrese, protocolícese y notifíquese.-

Leandro Javier Oyola

Juez