



NEUQUEN, 7 de septiembre del 2022.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**D. B. J. Y OTRO C/ G. C. Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES**", (JNQCI2 EXP N° 517110/2017), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación, **José I. NOACCO** dijo:

I.- Se dictó sentencia el día 22 de febrero de 2022 (fs. 619/629), decisión en la que, por un lado se hizo lugar a la demanda promovida por B. J. D. y F. M., en representación de su hijo, condenando a las demandadas a abonar la suma allí dispuesta en concepto de daño moral; y por otro se rechazó la demanda interpuesta por la señora B. D..

La decisión fue apelada por la Licenciada ..., perito psicóloga en relación a sus honorarios por considerarlos bajos; por la demandada P. A. M.; por la demandada C. G., y por sus letrados por considerar bajos los honorarios regulados.

Mediante la presentación web n° 5582, la demandada M. expresó agravios y calificó a la sentencia de absurda, errónea y contradictoria.

Expuso que no se logró acreditar que su parte haya lesionado de algún modo a M.N.M. durante su asistencia al jardín, o que el niño haya padecido secuelas físicas o psíquicas y mucho menos daño moral.

Aludió al informe psicológico del cual, señaló, surge con claridad que el niño no sufre ningún trastorno, regresión o alteración significativa de ninguna clase.



Expresó que, de esta manera, no se presentaba el supuesto para fundar el daño moral reclamado al demandar expuesto por los padres en términos de regresión, alteración de su vida de desarrollo y pérdida de chance.

Subrayó luego que la pericia, la cual según expuso fue ignorada por la jueza, dictaminó que el niño no sufrió ninguna involución, por lo que no existían los padecimientos alegados por los padres.

Concluyó que la omisión de considerar esa prueba, transformó a la sentencia en absurda y errónea pues hizo lugar al daño moral cuando no se logró acreditar ni daño físico, ni ningún otro tipo de trastorno y calificó de paradójico que los propios padres no recurrieran al servicio del 102 a pesar del consejo que les brindó su pediatra, porque habían decidido descansar ese fin de semana.

Insistió, con cita de jurisprudencia de este Cuerpo, que sin daño no puede haber responsabilidad y que la ausencia de ese requisito debió llevar a decidir que el reclamo no podía prosperar.

A su turno, mediante la presentación web 5625, la demandada G. expresó sus agravios, y enfocó su queja en los fundamentos a los que se recurrió para tener por acreditado el daño moral del niño.

En relación a los testigos en cuyos dichos se fundara la sentencia, afirmó que no se trató de testigos presenciales y sus declaraciones sólo se basaron en los dichos de los actores.

Señaló que la sentencia partió de tener por acreditado que las lesiones se produjeron en el jardín maternal, cuando en ningún momento se logró acreditar esa circunstancia, señalando aquí, como paradójico, que pese a que



la pediatra del niño los derivó al 102 para que denuncien esa situación, los padres escogieron descansar.

A continuación, y previo a transcribir aspectos del dictamen de la Defensora de los Derechos del Niño, aludió a que recurrir a los términos que allí se vertieron para fundamentar la existencia del daño, pone de resalto que la jueza no aportó un razonamiento legal o probatorio para hacer lugar a la pretensión.

Insistió en que se pasó por alto informe pericial psicológico, del cual a su juicio surgió con claridad que M.N.M. no padece ningún trastorno o afección.

Agregó que la jueza perdió de vista cuales son las afecciones que dieron fundamento al supuesto daño moral, y buscó fundarlo en supuestas lesiones físicas del niño, que tampoco pudieron ser acreditadas.

Resumió, que la jueza hizo lugar al daño moral basándose en una supuesta situación de maltrato cuando el daño moral que reclamaron los actores se basaba en la regresión del niño, la alteración de su vida en desarrollo y la pérdida de chance, haciendo lugar en definitiva a un daño que -según afirmó- ni siquiera fue reclamado.

Señaló que se tuvieron en cuenta supuestos hechos, insistiendo que no fueron probados, dando por cierto que ocurrieron en un jardín maternal y que allí debe priorizarse el cuidado de los niños, cuestión que a su juicio no es fundamento de la existencia de un daño moral que destaca, nuevamente, no fue probado.

En ese orden de ideas, indicó que el art. 1739 del Código Civil y Comercial, establece que para que el daño moral sea reparable debe existir certeza, personalidad y subsistencia, requisitos que de ningún modo se encuentran presentes en este caso.



Seguidamente, y en relación a los agravios de la demandada M. dijo prestar conformidad a los mismos y coincidió en señalar que no se consideró la prueba pericial psicológica y no se acreditó el daño moral.

A continuación, los letrados por derecho propio expresaron fundar el recurso arancelario oportunamente interpuesto por considerar bajos los honorarios regulados.

Expusieron que en relación a la demanda de la señora D., que fue rechazada, se les reguló un porcentaje menor que a los letrados de aquella que en tal pretensión resultó vencida.

Efectuaron los cálculos que darían cuenta de ese error y solicitaron se rectifique dicha circunstancia.

La parte actora, mediante la presentación web 5636, contestó agravios y expuso que no es cierto que la sentencia se haya fundado únicamente en los testimonios sino que hizo referencia también al dictamen de la Defensora de los Derechos del Niño y a la pericia médica que dio cuenta de las lesiones que mostraba el niño.

En cuanto a los testigos, destacó que efectivamente fueron presenciales porque tuvieron ocasión de observar concretamente los cambios de humor y de actitud del niño en los días posteriores al hecho de la agresión.

Agregó que también debe rechazarse el agravio expresado en relación a que no se acreditó que las lesiones ocurrieron en el jardín, pues esa circunstancia surgió de las filmaciones donde se puede observar que el lugar donde M.N.M. sufrió el maltrato fue en las instalaciones del jardín, a lo que es preciso añadir, que al contestar la demanda, la señora Mora dijo haber sido despedida por haber ejercido maltrato en relación al niño.



Solicitó se rechacen los agravios y se confirme la sentencia.

El día 2 de junio del corriente año, la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, Andrea Rapazzo, contestó la vista conferida solicitando se rechacen los recursos y se confirme la sentencia apelada, pues la indemnización establecida cumple con el objetivo de velar con la máxima satisfacción integral los derechos del niño M.N.M

II.- Se inician las presentes a raíz de la pretensión de los padres, en representación de su hijo, y la madre por sí, reclamando los daños derivados del maltrato físico que afirman sufrió el niño durante su asistencia al jardín C. d. P. de esta ciudad.

Las demandadas son por un lado la maestra, a quien imputan las concretas acciones que produjeron lesiones en su hijo, y la dueña del jardín.

La sentencia hace lugar a la pretensión ejercida en nombre del niño, rechaza la de la madre por sí e impone a ambas demandadas la condena de abonar la suma en concepto de daño moral que allí se establece.

Las co-demandadas apelaron enfocando en primer término su queja en cuestionar, de algún modo, la falta de acreditación del hecho al cual se le imputara el origen del daño, y luego señalaron que no solo eso obstaría al progreso de la acción, sino que el dictamen de la perito psicóloga, estableció que el niño no tiene indicadores de haber sufrido la regresión que los padres expresaron al fundar el reclamo y tampoco padece ningún otro trastorno.

Pues bien, en cuanto a la acreditación de los hechos que originaron el daño, esto es el tirón de la oreja izquierda y el apretón en el brazo izquierdo que le produjo moretones, del video acompañado como prueba, aun cuando no



pueda percibirse con absoluta nitidez, sí se observa, sin dudas, que después que la señora M. se aproxima a M.N.M y acerca la mano a la cabeza del niño, a continuación, inmediatamente, el niño irrumpe en llanto y lleva su mano a su oreja izquierda.

Asimismo, pocos minutos después, la demandada lo toma con suma rudeza del brazo izquierdo y lo pone por detrás de su cuerpo, en una actitud inverosímil frente a la situación y que es todo lo contrario a la conducta que cabe exigir a alguien que tenga niños a su cuidado.

A lo dicho cabe agregar que luego del reclamo de los padres del niño, la señora Mora fue despedida del establecimiento y, según distintos testigos, fue a raíz de este episodio lo cual adquiere el carácter de un fuerte indicio para confirmar la existencia del hecho.

En tal sentido, hemos señalado: *"A fin de elaborar la presunción, reitero, los indicios, -entendiendo por tal al hecho conocido que conectado lógicamente otorga entidad al hecho desconocido- deben aportar la prueba plena del hecho indicador.*

"Puesto que el argumento probatorio que de esta prueba obtiene el juez, parte de la base de inducir un hecho desconocido de otro o de otros conocidos, es obvio que la prueba de estos debe aparecer completa y convincente en el proceso. Si no existe una plena seguridad sobre la existencia de los hechos indicadores o indiciarios, resulta ilógico inducir de estos la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga. De una base insegura no puede resultar una conclusión segura." ("Teoría General de la Prueba Judicial" Hernando Devis Echandía-Tomo II-pág. 628/9-Zavalía Editor-1974).



Bajo esa pauta, es posible afirmar que las imágenes del video coinciden con las lesiones constatadas, aun cuando la constatación tuviera lugar días más tarde, pues se localizan en las partes el cuerpo del niño que, según se aprecia, fueron aquellas con las que la señora M. tuvo un claro contacto con el niño, contacto que por otra parte fue descripto por ella en su contestación de demanda de un modo inverosímil: *"... en el único momento que se lo ve socializar es cuando abraza a la niña, la tira hacia atrás y la muerde, provocando ante esa actitud, el reproche de la suscripta"*.

Por otra parte, y en relación a la señora G. resulta esencial recordar que en su carácter de titular del establecimiento, la imputación de responsabilidad se enmarca en los términos del art. 1767 del Código Civil y Comercial.

La norma aludida establece: *"Responsabilidad de los establecimientos educativos El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exige sólo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria."*

En comentario a esa norma Luis R. J. Saenz señala: *"En estos casos la responsabilidad será objetiva, siendo el factor de atribución la garantía, pues el titular del establecimiento educativo asegura la indemnidad de los menores que concurren a aprender, como así también que los educandos no ocasionarán daños a terceros mientras se encuentren bajo su cuidado"*



"Se trata, a su vez, de un supuesto de responsabilidad objetiva agravada, pues el titular del establecimiento educativo únicamente se eximirá de responder acreditando la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, es decir, de un hecho que no ha podido ser previsto, o que, previsto, no pudo evitarse (art. 1730 del Código). De esta forma, no podrá eximirse de responsabilidad el agente acreditando el hecho del damnificado (art. 1.729), o el hecho de un tercero (art. 1731), salvo que dichos eximentes constituyan, a su vez, un hecho imprevisible o inevitable. Finalmente, tampoco podrá invocar el caso fortuito cuando éste constituya una contingencia propia de la actividad que desarrolla (art. 1733 inc. e)." ("Código Civil y Comercial de la Nación comentado" Tomo VIII-Ricardo Luis Lorenzetti Director-Rubinzal-Editores pág. 629)

En consecuencia, y de conformidad a la valoración que antecede, entiendo que cabe tener por acreditado sin lugar a dudas, el hecho que originara el daño reclamado y la imputación de responsabilidad que de ello cabe concluir.

Sentado lo que antecede, y en concreta referencia al daño moral reconocido en la sentencia, ambas demandadas alegan que, el dictamen de la perito psicóloga señaló que el niño no presentó ningún trastorno y logró adaptarse sin dificultades al nuevo jardín al que concurre.

Continuaron su agravio sosteniendo que, al haber sido descripto el daño al momento de demandar de aquel modo, esto es regresión y falta de adaptación a la dinámica de esa escolarización temprana, si estas circunstancias no se acreditaron, no es posible tener por existente ese requisito que resulta esencial para determinar la responsabilidad.

Al respecto, en primer término es preciso destacar que la prueba aludida, esto es la pericia



psicológica, fue desistida por la demandada M. quien fuera la parte oferente de esa prueba y si bien la misma finalmente fue agregada a autos, oportunamente se ordenó su desglose, a pedido también de la demandada -fs. 272-.

En tal sentido, el día 30 de agosto del año 2018 -fs. 303- la jueza ordenó: *"Advirtiendo que a fs. 272 (25/06/2018), la parte demandada (mora) desistió de la prueba audiovisual y psicopedagógica, lo cual se notificó electrónicamente con fecha 26/07/18, déjese sin efecto el traslado dispuesto a fs. 292 (08/08/18). Una vez firme, procédase al desglose del informe pericial acompañado por la perito Lic. ... a fs. 280/291, el cual se devolverá a dicha profesional por Plataforma de Atención"*.

De esta manera, y aun sin que se hubiera materializado el desglose, el desistimiento de la prueba impide cualquier valoración de la misma, en orden a fundar la decisión definitiva. No obsta a esta conclusión que efectivamente la perito hubiera llevado a cabo su labor, puesto que dicha circunstancia obedeció a que el desistimiento no alcanzó a notificarse a la profesional, y ésta presentó su dictamen sin saber que dicha prueba estaba desistida.

En consecuencia y por lo expuesto, los agravios de las demandadas fundados en esa prueba no pueden prosperar.

Sin perjuicio de ello, en el caso concreto entiendo que el daño moral como daño "in re ipsa" adquiere una dimensión indudable, pues el maltrato ejercido contra un niño de tan corta edad, de por sí importa una lesión a sus derechos personalísimos.

Así, se trata de una circunstancia en relación a la cual por su propia naturaleza, y de conformidad a las reglas de la sana crítica, luego de tenerse por acreditado el hecho generador, es forzoso concluir a favor de la entidad del



daño: "... nosotros prensamos, con buena parte de la doctrina, que daño moral es el que se infiere al violarse alguno de los derechos personalísimos o de la personalidad, que protegen como bien jurídico a los presupuestos o atributos de la personalidad del hombre como tal: de una parte, la paz, la privacidad de la vida íntima, la libertad individual y sobre todo la salud e integridad psicofísica de los seres humanos, o sea, todo lo que puede resumirse en el concepto de "seguridad" personal" del primitivo texto del artículo 1078 del Código Civil y de otra, el honor la honra, el pudor sexual, los sagrados afectos, etc., es decir, todo lo que se conoce como "afecciones legítimas", según la primigenia redacción del aludido artículo 1078 del Código Civil." (Derecho de las Obligaciones" Pedro N. Cazeaux-Felix A. Trigo Represas Tomo I-La Ley 402).

El fundamento legal de su reconocimiento finca en el artículo 1738 en cuanto dispone: "La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida."

A mayor abundamiento, recordemos que el artículo 6 de la Convención de los Derechos del Niño establece: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se



encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.”

De este modo, la decisión de confirmar el daño moral a favor del niño resulta un imperativo legal ineludible, con raigambre concreta en las circunstancias del caso y fundamento normativo tanto en el Código Civil y Comercial como en la Convención de los Derechos del Niño.

Cabe destacar que a más de la presunción aludida, la presencia de pruebas concretas pueden llevar a variar el monto por el cual el daño prospera ya que las mismas podrían persuadir acerca de un mayor o menor impacto pero, insisto, aun sin ellas la existencia del daño es indudable.

En este caso, la presunción se vio reforzada por los testimonios de quienes, si bien no estuvieron presentes al momento del maltrato, sí pudieron dar cuenta en forma concordante y verosímil, del comportamiento posterior del niño, que denotó angustia e irritación, cuestiones éstas que claramente se inscriben en el concepto de daño moral.

Por todo lo expuesto, no caben dudas que es posible individualizar como bienes afectados en el niño su integridad física, su derecho a un trato digno y exento de cualquier violencia, razones todas que llevan a confirmar la decisión recurrida.



En cuanto a la apelación de honorarios de la licenciada ..., cabe señalar que esta Cámara de Apelaciones ha dicho que los honorarios de los peritos deben guardar adecuada proporción con los emolumentos de los abogados de las partes, atendiendo también a la labor desarrollada y la eficacia de la tarea cumplida.

En igual sentido, el Tribunal Superior de Justicia ha resuelto: *"la regulación de los honorarios de los peritos debe guardar la debida proporción con los demás profesionales intervinientes en todo el trámite del juicio, de lo contrario los peritos podrían llegar a cobrar una retribución mayor que los abogados cuya actuación abarca más etapas que la de los expertos y no consiste en un mero asesoramiento técnico, sino en el ejercicio de la tarea de impulsar el proceso que lo convierte en uno de los principales protagonistas del mismo"* (cfr. R.I. 55/88).

Bajo esa pauta, cabe confirmar la regulación de honorarios de la licenciada ..., destacando que la regulación tuvo en cuenta el criterio aludido y no el hecho de que se ordenara el desglose del dictamen pues, como se señalara precedentemente, no es imputable a la profesional que no haya llegado a su conocimiento la noticia el desistimiento de la prueba, por lo que igualmente se reconoció su labor.

En cuanto a los honorarios de los letrados de la señora G., por la pretensión de la señora D., por sí, que fue rechazada y, efectuados los cálculos pertinentes, se advierte que de conformidad a la pauta prevista por el artículo 12 de la ley 1.594 el monto regulado aparece insuficiente.

Así, entre ambas representaciones, la de la señora G. y la de la señora M. surge un porcentaje de 15,5 % lo cual está alejado del límite que admite el mencionado art. 12.



En consecuencia, y teniendo en cuenta la labor desarrollada he de proponer elevar la regulación de honorarios de ... y ..., como patrocinantes en la primera etapa, en el 6 % en conjunto; y por la siguiente etapa a los letrados ... y ..., ambos como patrocinantes, en el 10 %.

III.- En mérito a todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: 1) rechazar los recursos de las demandadas, confirmando la sentencia recurrida, imponiendo las costas de Alzada a las recurrentes en su carácter de vencidas, y regular los honorarios de los letrados en el 30 % de lo que corresponda por igual tarea en la instancia de grado; 2) rechazar el recurso de la licenciada F.; y 3) hacer lugar al recurso de los letrados O. y ... por sus honorarios, de conformidad a lo dispuesto precedentemente.

Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE

I.- Modificar la sentencia dictada el día 22 de febrero de 2022 (fs. 619/629), elevándose los honorarios regulados a los letrados de la señora G., de conformidad a lo que surge en el considerando respectivo; confirmándola en lo demás que ha sido motivo de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a las demandadas vencidas (art. 68 CPCyC.).

III.- Regular los honorarios profesionales por su labor ante la Alzada, en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15 de la ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria