



222001420022211352



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

**A.R.D Y OTROS C/ M.M.R Y OTROS
S/DAÑOS Y PERJ. DEL./CUAS.
(EXC.USO AUT. Y ESTADO)**

Expte. N ° LM 16168 - 2010

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL N° 2

En la ciudad de San Justo, en la fecha de firma digital del presente los Sres. Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia del Departamento Judicial de la Matanza - Sala Primera- celebran Acuerdo Ordinario para dictar pronunciamiento en los autos caratulados: "**A.R.D Y OTROS C/ M.M.R Y OTROS S/DAÑOS Y PERJ. DEL./CUAS. (EXC.USO AUT. Y ESTADO) Expte. N ° LM- 16168 - 2010** habiéndose practicado el sorteo pertinente –art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía ser observado el siguiente orden de votación: **POSCA-TARABORRELLI- PÉREZ CATELLA**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1°) ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMER CUESTION PLANTEADA EL Dr. RAMON DOMINGO POSCA dijo:

I.- Los antecedentes del caso.



LM-16168-2010

El señor juez de primera instancia dicta sentencia. Desestima la prescripción y falta de legitimación pasiva deducidas por D.J.S, y en consecuencia hace lugar parcialmente a la demanda promovida por R.D y M.E.R por sus propios derechos y en representación de L.R.A.R contra R.M.M, I.M.M Y D.J.S. En consecuencia, condena a estos últimos a abonar a los primeros la suma total de UN MILLON OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$1.884.400), a razón de \$550.000 para L.R.A.R, \$457.600 para R.D.A y \$876.800 para M.E.R, con más los intereses establecidos en el considerando séptimo, dentro del plazo de diez días de quedar firme la sentencia y bajo apercibimiento de ejecución. Asimismo, admite la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por PROVINCIA SEGUROS S.A. y, en consecuencia, desestima la extensión de la condena en su contra. Impone las costas de conformidad con lo dispuesto en el Considerando noveno, difiriendo el pago de las que se encuentran a cargo de los actores hasta el momento de mejora de fortuna y postergando la regulación de honorarios de los letrados y peritos intervinientes para su oportunidad legal.

La Dra. María Alejandra Gómez, letrada apoderada de la codemandada D.J.S.J, interpone recurso de apelación con fecha 25/2/2022.

R.D.A y M.R, ambos por derechos propio y en representación de su hijo L.R.A, interponen recurso de apelación con fecha 25/2/2022.

Se conceden libremente los recursos de apelación interpuestos por la Dra. Gómez, letrada apoderado de la demandada D.J.S, y los actores contra la sentencia recaída en autos con fecha 21/02/2022.

El demandado R.M.M interpone recurso de apelación con fecha 4/5/2022, el que fuera concedido libremente el 16/5/2022.

Se radica la presente causa ante esta Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial La Matanza con fecha 19/05/2022.



LM-16168-2010

Puestos los Autos en Secretaría para que los apelantes expresen agravios con fecha 22/06/2022, los mismos efectúan sus presentaciones con fecha 23/6/22 (actores), 27/6/2022 (demandado M.M) y 4/7/2022 (demandada S).

Se corre traslado de las expresiones de agravios con fecha 06/07/2022, el que mereciera respuesta el 13/7/22 (citada en garantía Provincia Seguros S.A) y el 14/7/2022 (actores).

Finalmente, se dicta el llamamiento de Autos para sentencia (art. 263 CPCC) el 24/8/22 y se realiza el sorteo de votación de orden de estudio de la presente el 12//10/2022.

II.- Los agravios

II.- 1. Los agravios expresados por la parte actora.

A.R.D y **M.E.R**, ambos por derechos propio y en representación de su hijo **L.R.A.R**, expresan agravios.

Primer agravio. La aplicación del Art. 7 del CCC.

Entiende incorrecta la interpretación del fallo apelado. Sostiene que la sentencia es contradictoria con lo dispuesto en el apartado 5.1, “en el sentido de que «la vinculación generada entre el educando y la institución es una típica relación de consumo en los términos de los artículos 1°, 2° y 3° de la ley 24.240, surgiendo en cabeza del proveedor profesional del servicio la obligación de seguridad correspondiente».

Solicita la aplicación del artículo 7 última parte Código Civil y Comercial. Explica los fundamentos. Refiere la distinción que trae la reforma con relación a los contratos en curso de ejecución.

Segundo agravio. Falta de legitimación de la aseguradora Desconocimiento del vínculo con el damnificado. Critica la sentencia apelada en cuanto admite la falta de legitimación de la aseguradora. Explica los fundamentos.

Afirma la existencia de una relación de consumo de la actora con la aseguradora.



Refiere sobre la obligación de contratar un seguro obligatorio. Sostiene su carácter de consumidor, respecto de la aseguradora, en los términos del artículo 1º segundo párrafo de la Ley 24.240.

Afirma no se refiere “a la polémica figura del consumidor expuesto o bystander) por la ley 26.994, en cuanto reza que «Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social». En el caso de marras surge claramente que somos personas físicas destinatarias finales en nuestro beneficio y el del grupo familiar, aspecto que, al no haber sido objeto de cuestionamiento alguno, no nos detendremos en examinar.” (Ver expresión de agravios)

Sostiene que “Cualquiera sea la óptica que se adopte, no cabe duda de que existe entre nosotros y nuestro hijo y la aseguradora una relación de consumo cfr. arts. 3 LDC y 1092 CCC.”

Afirma que “No obsta a esta calificación el hecho de que en el caso no exista un contrato de consumo entre nosotros (incluyendo nuestro hijo) y la aseguradora ni nos hallemos ante un sistema de contratos conexos cfr. art. 1073 CCC, toda vez que el art. 1093 CCC define al contrato de consumo por separado y, sobre todo, porque el art. 42 de la Constitución Nacional (en adelante «CN») fija como presupuesto para acceder al sistema tutelar de usuarios y consumidores la relación de consumo, que va más allá de que exista, haya existido o pueda existir un contrato de consumo. La ley 26.361 reformó en 2008 el art. 3 LDC en consonancia con la mentada amplitud de fuente constitucional y, desde entonces, existe al respecto en nuestra doctrina un proficuo consenso. “ (Ver expresión de agravios).

Refiere sobre los contratos de consumo y la metodología del Código Civil y Comercial de La Nación.

Afirma que en las relaciones de consumo se sustentan nuevas legitimaciones. También refieren, que corresponde considerar lo expuesto



“con un criterio si cabe más amplio, atento a que en el marco de estos deplorables hechos, nuestro hijo menor es un consumidor hipervulnerable en los términos del art. 2 inc. a res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior, que imprime esta calificación en «reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes». Lo propio habrá de hacerse también por expreso mandato constitucional, dadas las obligaciones que prescribe al Estado Argentino como parte de la misma la Convención sobre los Derechos del Niño —de jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22—, ya que el art. 19 de dicho instrumento internacional de derechos humanos manda adoptar «todas las medidas [...] 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». (el subrayado me pertenece)” (Ver expresión de agravios). Cita jurisprudencia de esta Sala que entiende aplicable.

Plantean que es abusiva la cláusula que se aplicó para determinar la falta de legitimación de la aseguradora. Sostienen: “Ello es así porque la misma desnaturaliza las obligaciones de la aseguradora y limita la responsabilidad por daños, prácticas prohibidas por el art. 37 inc. a LDC. A más de ello, esa cláusula es, cfr. art. 988 inc. c CCC, de «las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles».

Afirma: “De una primera lectura de la cláusula es patente su falta de claridad, cuanto que mezcla en un mismo enunciado afrentas de índole sexual con discriminación y, al mismo tiempo, utiliza un término jurídicamente tan indefinido como lo es «acoso». Lo mismo ocurre si se efectúa un análisis más detallado, toda vez que el delito de abuso deshonesto propiamente dicho (art. 127 del Código Penal) ha dejado de existir relativo a la sexualidad con la ley 25.087, vigente desde el 14/5/1999, y porque el bien jurídico protegido en un delito y otro (precisamente el del art. 119 C.P. motivo de la condena de R.M.M —a la sazón docente del



establecimiento-) en virtud del cual se difiere sustancialmente, por cuanto el del actual art. 119 es mucho más amplio.” (Ver expresión de agravios).

Refiere sobre el alcance de la reforma penal con respecto a la calificación de la integridad sexual y sobre los “delitos contra la integridad de las personas”.

Sostiene el apelante: “Puntualizan "que las agresiones de referencia afectan no el honor o la honestidad de las víctimas de esas acciones, sino su integridad y dignidad como personas. Si bien es cierto que estos delitos afectan su libertad, las personas afectadas viven esas situaciones particularmente como atentados a su propia integridad, privacidad e identidad, más allá de que también afecten a sus familiares, tutores, al Estado, etcétera.”

Refiere sobre la interpretación de la reforma de la ley 25.087. “no se ha limitado solamente a un cambio en el título "Delitos contra la honestidad" en "Delitos contra la integridad sexual", sino que ha respondido a un cambio de ideología acerca de la intervención del Estado en el ámbito de la sexualidad de los individuos, a la voluntad de dotar de mayor contenido al bien jurídico y hacerlo más compatible con las exigencias de un derecho penal propio de un estado de derecho cuyas bases se asientan en el marco de las líneas directrices impuestas por la reforma constitucional de 1994, que están orientadas hacia un Estado protector de las libertades individuales entre las que se inserta, precisamente, la libertad sexual. Este autor considera que hubiera sido preferible que el nuevo nombre del Título III sea "delitos contra la libertad sexual" pues dicho concepto es más abarcativo de la sexualidad de adultos, menores e incapaces, puesto que la integridad sexual no es más que un aspecto de la libertad personal en el ámbito de la sexualidad, pues todo atentado contra ella conlleva una injerencia intolerable a la dignidad del ser humano; sin perjuicio de lo expuesto reconoce que el título "delitos contra la integridad sexual" posee un contenido unificador para todas las conductas allí agrupadas, dado que importa un segmento de un bien jurídico más general como lo es la libertad personal, entendida como el



derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual. (Riquert, Fabián Luis; «El bien jurídico protegido en los delitos sexuales». DJ 2004-1 , 911. AR/DOC/935/2004)” (Ver expresión de agravios).

Afirma que el delito por el cual fue condenado el Sr. R.M.M “excede con creces el alcance del abuso deshonesto, por lo demás hace tiempo derogado en cuanto a su vinculación con la sexualidad y trasladado al título del Código Penal sobre «Delitos contra las personas», en tanto aquel comprende de ese modo multitud de padecimientos relacionados con la dignidad personal y la libertad sexual de nuestro hijo menor. De ahí pues que, dado que el delito de abuso sexual simple previsto en el art. 119 no se dirige meramente a la protección del honor y la reputación, su amplio espectro no se halla contemplado en la vaga cláusula de exclusión que sirvió de base a la falta de legitimación de la aseguradora y, por ende, ésta no puede eludir su deber contractual de indemnizar los perjuicios que derivaron del delito que cometiera sobre nuestro hijo menor el Sr. R.M.M que, insistimos en ello, en modo alguno se limita a su honor o reputación pública.”

Solicita se aplique respecto de la cláusula controvertida el artículo 987 CCC en cuanto dice que «Las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente» y la interpretación contractual proconsumidor que en esta misma línea prevén los arts. 37 LDC y 1095 CCC. No es óbice a lo anterior que el contrato haya sido aprobado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, pues el art. 989 CCC recepta claramente que «La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial».” Cita jurisprudencia que entiende aplicable.

Sostiene que están legitimados para exigir que la aseguradora cumpla su obligación de resarcir en virtud de lo consagrado en el art. 504 CC.

Afirman que son terceros legitimados. “La aceptación de dicha ventaja le fue hecha saber palmariamente a la aseguradora a través de



nuestro interés en traerla al presente proceso en carácter de garante y, posteriormente, de nuestra férrea oposición manifestada ante su pretensión de que no hallarse legitimada para intervenir en el mismo, exclusión de cobertura mediante.”

Solicitan que se revoque la sentencia recurrida en cuanto hizo lugar a la falta de legitimación de la aseguradora con sustento en la cláusula contractual que excluye la cobertura en caso de abuso deshonesto.

Tercer agravio. Daño Moral. La actora se queja porque se ha desestimado el daño moral. Afirma la apelante: “En referencia a la indemnización por daño moral que pretendemos como padres de L.R.R, afirma el magistrado de grado en el consid. 6.4 de la sentencia apelada que «en el supuesto de autos, no corresponde que sea indemnizado el daño moral alegado, toda vez que quedó sin comprobación cierto grado de incapacidad psíquica en la víctima y, por otra parte, los pretendientes en modo alguno demostraron con prueba idónea la existencia de la afectación moral invocada en su demanda resarcitoria, por lo que se impone la desestimación del planteo de inconstitucionalidad e inaplicabilidad del art. 1078 del Código Civil»” (Ver expresión de agravios)..

Sostiene: “Claramente el a quo ha confundido el daño psíquico con el daño moral. Es que la circunstancia de la falta de cierta incapacidad psíquica en nuestro hijo menor o en nosotros como padres influye en la cuantificación de la indemnización por daño psíquico, mas nada hace, incluso con base en el aparato bibliográfico-conceptual de que se ha valido el sentenciante de grado en los acápites 6.2 y 6.4 del pronunciamiento apelado, en cuanto al daño moral.”

Sostiene que está probado el daño moral. Se remite a la pericia psicológica y afirmar que “...sí se han logrado probar nuestras afecciones morales —máxime cuando más abajo en la propia sentencia puede leerse, en relación con el intento impugnativo de la pericia susodicha por parte de la aseguradora, que «en rigor de verdad, no le han sido opuestas razones de peso que conlleven al apartamiento de las conclusiones iniciales y de las



complementarias»—, lo decidido contraviene inveterada doctrina de la Suprema Corte de justicia de la Nación.”

Afirman: “A mayor abundamiento, para el caso de que V. E. entendiere que la fijación de una indemnización por daño moral a nosotros como padres debió ser ponderada bajo las pautas del art. 522 CC por considerar que nos hallamos ante un caso de responsabilidad contractual, manifestamos que no se nos escapa la apreciación restrictiva que la jurisprudencia realiza de esta índole de perjuicios. Empero, dicha regla no es absoluta y ello surge aun de la propia jurisprudencia que en los casos concretos deniega la mentada indemnización, de la cual procede transcribir algunos ejemplos:”

Afirma que el incumplimiento contractual ha producido daño moral. Cita jurisprudencia que entiende aplicable. Solicita se revoque la sentencia apelada y se admita el daño moral.

II. 2. La expresión de agravios de R.M.M.

Primer agravio. La cuantificación del rubro determinada para cada uno de los actores.

Sostiene el apelante: “Los rubros reclamados, para apreciar el perjuicio, deben ser ciertos y deben probarse por quien reclama, tal como menciona la sentencia.”

Sostiene que respecto a la cuantificación de la incapacidad psicológica del niño, “ya que no se ha establecido que tuviere un daño psicológico y sin haberse realizado un análisis cierto y serio en un informe psicológico se establece una indemnización por este rubro que resulta a todas luces extraordinaria, más aun triplicado el importe solicitado en la propia demanda.”

También se queja “por los elevados importes que se han otorgado por el daño psicológico solicitado por los padres del menor. Entiende que las cuantificaciones del rubro no están justificadas. Entiende



que los actores no probaron el daño. Solicita la reducción de las cuantificaciones del rubro.

Tratamiento psicológico. El apelante rechaza las cuantificaciones del tratamiento psicológico. Interpreta que no están justificados.

Daño moral. Sostiene que es excesiva la cuantificación del daño moral en la suma de \$ 200.000.

II. 3. Los agravios expresados por la Dra. María Alejandra GOMEZ, letrada apoderada de la demandada D.J.S

Solicita la nulidad de la sentencia. Sostiene: El presente recurso de apelación, comprende el recurso de nulidad que también se ha deducido (art. 253 CPCC).

Sostiene que “en primer término, que si bien la nulidad procede contra defectos propios del pronunciamiento (conf. art. 253 del C.P.C.C.) y no del procedimiento como en este caso; dicho principio lógicamente cede cuando el vicio surge de la misma resolución y no anteriormente, sin configurarse preclusión alguna.” Cita jurisprudencia que entiende aplicable.

Primer agravio. Principio de congruencia. Afirma: “Ello es así, dado que si bien el juez debe conocer el derecho (iura curia novit), no le cabe valerse de otros hechos que los invocados por los litigantes en sus escritos liminares y respecto de los cuales se haya trabado la litis, so pena de lesionar gravemente el cardinal postulado de la congruencia.”

Segundo agravio. Sostiene que “el considerando citado excede el límite de la iura novit curia y afecta directamente el derecho de defensa.” Afirma: “El apartado contradice lo expresamente previsto por la Doctrina: “.....Si consideramos a la congruencia como una garantía constitucional integrante del debido proceso, y los derechos y garantías han sido establecidos para limitar el poder estatal (Conf. Loewenstein, Karl, Teoría de la Constitución, pág. 3, ed. Ariel, 1979), entonces entre los poderes estatales



y las garantías individuales deben prevalecer los últimos en caso de conflicto entre ambos. Esto importa que el deber de calificar jurídicamente los actos de las partes está limitado por la garantía de la congruencia, que impone no alterar el sujeto, objeto, causa e instituto jurídico utilizado en cuanto su naturaleza jurídica.”

Afirma: “El magistrado de grado, se alzó sobre el derecho aplicar, en orden a los hechos expuestos en la demanda y afecto el derecho de defensa de la demandada, toda vez que esa acción de aplicar la ley no comulgo con el derecho expuesto en la defensa.”

“Esto es claro, la decisión del magistrado causo un gravamen irreparable, porque marco una desigualdad.”

“Concretamente, el ejercicio de la máxima “*iuria novia curia*”, faculto al magistrado formular una elección sobre la siguiente base: “En ese sentido y en el afán de apreciar la prueba, ha sostenido la Suprema Corte de Justicia Provincial, que los tribunales de las instancias ordinarias tienen la facultad privativa de realizar la selección del material probatorio, dando preeminencia a unas pruebas respecto de otras, y dicho ejercicio, por sí solo, no constituye un supuesto de absurdo”

“Ahora bien una cosa es que el magistrado seleccione el material probatorio con el que fundamentara su sentencia y otra muy distinta es hacer diferencia, tomar material probatorio de una de las partes y prescindir del aportado por la otra.”

“Dicho esto, sostengo el agravio, en el hecho que el magistrado tomo los antecedentes acreditados en la acción penal y la sentencia dictada a los fines de establecer aquello que quedo probado y sello la suerte de la presente litis sobre la condena decretada, esto es, “Dicha acción penal que tengo a la vista para este acto exhibe sentencia condenatoria firme de Rodrigo R.M.M del 3 de abril de 2013, a la pena de un año y seis mes de prisión, con más los gastos causídico” - El a quo pudo apreciar y valorar los hechos acreditados en la sede penal, la imputación y la responsabilidad atribuida al codemandado, y jamás en toda la sentencia, aprecio y valoro la



prueba agregada por la codemandada en esa sede, los testimonios, la documental glosada en estos autos, con la que se acreditó la ausencia de culpa de D.J.S, en el desempeño del cargo de propietario del establecimiento donde sucedió el hecho ilícito.-“

Sostiene: “La sentencia contradice los principios básicos del derecho, entendamos que la causa penal condenó a R.M.M a quien lo encontró culpable del hecho ilícito y de la prueba producida en esa sede, no hubo responsabilidad que pueda atribuirse al propietario del establecimiento, solo se condenó al responsable del hecho por su actuar culpable. -“

También sostiene: “Se agravia esta parte porque al valorar el hecho sobre los principios y reglas del Código Civil anterior, no se tuvo atención en el factor de responsabilidad, lo imprescindible de la determinación de la culpa.- La conjugación del articulado que se cita, es la que corresponde valorar y con ello, la conducta de las partes, a los fines de determinar el factor de responsabilidad o en su caso su eximente.-“

También sostiene la apelante: “Ahora bien cuál es el centro de la obligación que detenta el propietario del establecimiento, la vigilancia.- Y eso es lo que se demostró, la declaración testimonial del personal de la institución fs. 120, 121, 123, 124, (más la agregada en la causa penal) dan cuenta del constante acompañamiento de los alumnos menores de edad mientras los docentes le dictan clases, y en lo particular, en las clases del profesor de música, la vigilancia se cumplió con cada preceptor y/o docente titular cargo.-“

Afirma que el señor juez de grado “no valoró la prueba documental acompañada por esta parte, mediante la cual se demostró la diligencia en la revisión de la documentación del docente postulante (Monzón). La declaración testimonial agregada en la causa penal da cuenta de la diligencia y cumplimiento del deber de vigilancia, demostrando la presencia constante de representantes de la institución los distintos cargos, quienes peregrinan por todo el establecimiento donde están los niños, la



testimonial rendida en presencia de la inspectora da cuenta del deber de cuidado cumplido. (ver fs.120 y sgtes)”

Sostiene: “Yerra el magistrado de grado, toda vez que en este caso en particular, no hubo una conducta culposa o negligente del propietario del establecimiento, se acreditó la debida diligencia, con todos y cada uno de los principios rectores, mantuvo su obligación de educación y vigilancia en la persona de sus docentes, preceptores, personal que acompaña a los docentes, y en particular con los alumnos menores (ver documentación fs. 120/123)”

Afirma que se agravia por la ausencia de valoración de la prueba producida por la parte demandada. Cita doctrina que entiende aplicable.

También sostiene la apelante: “Yerra el sentenciante, dado que mas alla de la discrecionalidad en cuanto a la prueba, en toda la sentencia, jamás valoro la documental acompañada por la demandada, la prueba testimonial rendida en la causa penal NO SE CITA y corresponde a prueba de la demandada en estos autos.- Al valorar los hechos demostrados en la acción penal, debe también valorar aquellos que agregados en ella, determinan la responsabilidad del propietario del establecimiento educativo.-“

Sostiene que ha cumplido con el deber de vigilancia y cuidado.

Afirma que “Este suceso escapa a todo sentido común, y la sentencia lo resolvió como si se tratara de una cuestión tradicional.-“

Sostiene: “Frente a los controles y vigilancia de los preceptores y maestras de grado, como puede imputarse responsabilidad al titular del establecimiento por “NO HABER PREVISTO QUE EL DOCENTE RESULTARA UN PELIGRO PARA LOS ALUMNOS” resulta inimaginable pensar que las personas tengan a su cargo visualizar el posible comportamiento de aquel a quien contratan.” (El destacado pertenece a la apelante).



Afirma que “Los recaudos de seguridad fueron tomados (ver documental de fs. 115/118)”

“No hay acceso a la psiquis humana, eso es precisamente el CASO FORTUITO en esta causa.-“

Cuarto agravio. “Yerra el sentenciante cuando expresa “Como contrapartida, no emergiendo acreditado ni siquiera mínimamente el caso fortuito como causal eximitoria...”

“Claramente el hecho represento para el propietario del establecimiento educativo, un caso fortuito, es previsto los daños en los recreos, en las aulas manipulando objetos, en los campamentos, etc, pero es inimaginable, e inesperado, contemplar lo sucedido, son actos ajenos a la educación.-“

Sostiene que el caso fortuito debe ser extraño a la cosa o actividad sobre la que pesa la presunción de responsabilidad. Esta externalidad del hecho está referida a su origen o a su causa.

Afirma que el magistrado de primera instancia no valoro los recaudos del caso fortuito.

Afirma: “Se ha demostrado la imposibilidad de impedir el hecho dañoso (ver declaración testimonial en la causa penal y la agregada en presencia del inspector de escuelas a fs. 120/123) habiendo actuado con la diligencia en la vigilancia a las contingencias normales de los alumnos”

Sostiene: “El suceso que constituya caso fortuito o fuerza mayor debe ser además inevitable, sea porque no pudo preverse, sea porque aunque previsto no pudo evitarse, extraordinario, anormal, y ajeno al presunto responsable, es decir que no hubiera ocurrido por su culpa.-“

Afirma: “Si en sede penal se tiene resuelto con sentencia definitiva y firme que el hecho principal motivo de la instrucción, se ha producido de una manera determinada y se definen y precisan las circunstancias fácticas que rodean y entornan al hecho principal que constituye el delito, esa sentencia tiene alcance de cosa juzgada en sede civil, en el sentido de que el juez no podrá nunca afirmar que el hecho



ocurrió de una manera distinta (CNCiv., sala D, 7/7/1988, "Eisen, A. v. Lopez, Roberto s/sumario"; conf. art. 1102 CC)."

Cuestiona la valoración de la causa penal y que no se han considerado los efectos de la sentencia dictada en ese proceso.

Sostiene: "Pero la responsabilidad determinada en la sede penal no es de igual calibre para los demandados en la sede civil. Se determino la existencia del hecho y la culpa del imputado. Esto es la culpa del responsable no se extiende al propietario del establecimiento educativo, porque esa culpa no es objetiva, es subjetiva, que es precisamente lo que determina la condena.-"

En el agravio 5 insiste en el caso fortuito. Afirma: "En cuanto a la selección del personal docente argumenta: Los actos de las personas son eso, personalísimos, se adjunto documentación que acredito la prevención y la exigencia en la contratación del docente, se acredito contar con seguro obligatorio para hechos de daños, daños que por obligación de seguridad se imponen al propietario del establecimiento educativo (conforme la normativa anterior y con la que se resuelve la presente litis)"

"Con esa documentación se demostró acabadamente la diligencia, la ausencia de culpabilidad.- Como se dijo en el responde no es obligación el certificado de antecedentes y en materia laboral que es la legislación aplicable a los contratos de trabajo, dicho extremo importa, un exceso. Afirma que el deber de diligencia, claramente se encuentra acreditado.

En el agravio 6 se refiere a la responsabilidad contractual y al derecho de consumo. Afirma la culpa y la eximente de responsabilidad.

Se agravia la sentencia, toda vez que al aplicar la normativa del Código Civil anterior, decreta sobre responsabilidad civil extendiéndose en orden al factor de atribución de responsabilidad pero no se expresa sobre las eximentes.

La sentencia contraviene los principios generales del derecho, toda vez que no logra advertir el eximente de responsabilidad.



Afirma que “La sentencia contraviene los art. 512 y sgtes del CC, de las constancias de autos surge claramente un actuar diligente del codemandado, demostrando el cumplimiento de la obligación de seguridad imbricada de carácter objetivo.”

Sostiene que está probada la diligencia en la contratación del docente, el cuidado y vigilancia de los menores asistiendo un preceptor o titular de aula, en cada clase especial o extraprogramática, se trata de un hecho totalmente impredecible, inusual y ajeno a la labor educacional. Claramente se demostró la ausencia de culpa del propietario del establecimiento.

En el agravio 7, se agravan considerando que el señor juez de grado ha resuelto en exceso. Sostienen: “Representa un exceso y contraviene el espíritu propio de la norma. Se trata de un perjuicio de índole “personalísimo” que solo puede otorgar acción a la víctima.”

Afirman: “No puede sostenerse de modo genérico y apriorístico que esta solución sea lesiva de la Constitución Nacional por cuanto no se han quebrado los parámetros de proporción y razonabilidad, que son los dos cánones para realizar el "test de constitucionalidad", y por el contrario se ha optado por un "criterio medio" en función del cual se logra un adecuado equilibrio entre intereses contrapuestos”

“Si bien las convenciones internacionales establecen de modo amplio la tutela de la integridad física, psíquica y moral de las personas, no crean derechos absolutos y permiten restricciones de las leyes de cada Estado siempre que no implique vulnerar el derecho conferido por la convención y sean compatibles con una sociedad democrática. Por ello, no puede esta circunstancia ser fundamento de una declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civ. en cuanto solo compete a la víctima la reclamar daño moral en los ilícitos extracontractuales, pues tal norma constituye una de las restricciones referidas, equilibrando intereses contrapuestos.-



Sostiene que “Mientras el art. 1079 del Cód. Civ. establece un concepto general del daño injusto, deja al art. 1078 la determinación del daño moral (injusto); de manera que el "daño moral" de quienes no se encuentran legitimados, no es "daño" para el derecho.” Cita doctrina que entiende aplicable. Solicita se admitan los agravios, con costas. Reserva recurso extraordinario.

II. 4. La contestación de agravios efectuada por A.R.D y M.R, ambos por derechos propio y en representación de nuestro hijo L.R.A.

Los agravios efectuados por R.M.M: Primer agravio. Cuantificación de los rubros indemnizatorios.

Incapacidad psicológica. Entiende que los agravios deben desestimarse en cuanto el apelante cuestiona la procedencia y alcance del rubro. Afirma que la sentencia está suficientemente fundada. Refiere sobre la prueba producida con relación al daño psicológico.

Afirma que no se trata de un supuesto de sentencia "ultra petita" cuando se ha ajustado el reclamo a "o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir en autos" (v. fs. 89 vta.).

Solicita se desestime el agravio del señor M.

Daño psicológico de los padres de la víctima. La actora solicita se rechace el agravio. Sostienen que está fundado el rubro indemnizatorio en cuando admite y cuantifica el reclamo.

Reseña las conclusiones de la pericia psicológica. Dice que el apelante no cuestionó oportunamente la pericia psicológica. Sostiene que el señor juez de grado ha valorado correctamente la pericia psicológica.

Afirma que la perito psicóloga ratificó la pericia al contestar explicaciones de la citada en garantía Provincia Seguros S.A., las que fueran respondidas por la experta a través de su presentación electrónica del 29/09/2019. Solicita se rechace el agravio.



Solicita que también rechace las objeciones respecto del monto de la indemnización otorgada a los padres de la víctima, en concepto de daño y tratamiento psicológico.

Daño moral. Solicita se desestimen los agravios en cuanto afirman que la cuantificación del daño moral en la suma de \$ 200.000 resulta excesiva.

La contestación de los agravios de la señora D.J.S:
Cuestión preliminar. Nulidad de la sentencia. Solicita se desestime el planteo de nulidad de sentencia. Expone los fundamentos.

Afirma que en la sentencia apelada no hay errores de procedimiento.

Responde el agravio por transgresión del derecho de defensa de la apelante por presunto relajo del principio de congruencia.

Solicita se rechace el agravio. Contesta segundo agravio, respecto a la incorrecta selección de pruebas para responsabilidad a la demandada.

Rechaza el planteo sobre las críticas a la atribución de responsabilidad. Afirma: “El hecho por que fuera condenado el Sr. R.M.M no reviste en modo alguno la calidad de fortuito.” Expone sus fundamentos para rebatir los agravios.

Contesta tercer agravio. Omisión de valorar la causa penal. Solicita se desestime el agravio. Explica los fundamentos.

Contesta cuarto agravio respecto a la inconsideración del caso fortuito e inadecuada diferenciación de la responsabilidad de la demandada apelante.

Sostiene la actora: “En rigor de verdad, son dos aspectos los que la recurrente introduce como materia de este agravio. Por un lado, manifiesta disconformidad con que el magistrado de grado no haya considerado mínimamente acreditada la existencia de un caso fortuito que, según entiende la Sra. D.J.S, le habría sido imposible evitar. Por otra parte, aduce que el sentenciante debió haber valorado su responsabilidad de



manera diferenciada de la que incumbe al Sr. R.M.M por haber sido condenado en la causa penal.”

Dice que no se ha configurado caso fortuito. Contesta agravio 5. Actos personalísimos. Presunta acreditación de la diligencia debida.

Contesta agravio 6. Responsabilidad contractual. Derecho de consumo. La culpa eximente de responsabilidad.

Sostiene: “Aunado a cuanto fue materia del segundo agravio, cabe agregar acerca del presente que la apelante no ha controvertido la existencia en autos de una relación de consumo, sea por no revestir el carácter de proveedor cfr. art. 2 LDC y/o nosotros y nuestro hijo el carácter de consumidores cfr. art. 1 del mismo cuerpo legal. En ese orden de ideas la apelante soslaya, entendemos que con toda intención, los sólidos fundamentos que, lejos de limitarse al párrafo que interesadamente aísla la recurrente, el sentenciante de grado ha expuesto en el consid. 5.1 del pronunciamiento atacado.”

Solicita se desestime el agravio.

Contesta agravio 7º. Desestimación de inconstitucionalidad del artículo 1078 CC. Se agravia la apelante «por el exceso del magistrado de grado, circunstancia que violenta nuestra Carta Magna», «porque son varias las reglas del derecho civil truncadas en esta sentencia».

Ahora bien, la recurrente entremezcla aquí citas doctrinarias y jurisprudenciales con fragmentos de la sentencia que ataca, sin que casi se entienda qué es cada cosa y, en suma, por qué la sentencia le causaría agravios. Ya no se trata de que haya esgrimido argumentos improcedentes o de poca seriedad, sino de que, lisa y llanamente, no se entiende cuál es aquí el agravio de la apelante y, en lo que a nosotros respecta, nos es imposible ejercer eficazmente respecto de los mismos nuestro derecho de defensa.

De un arduo esfuerzo interpretativo podemos colegir que la apelante ataca la desestimación de nuestro planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 CC que el magistrado de grado ha realizado en el consid. 6.4 del pronunciamiento atacado. Reiteramos que no se entiende de qué se



agravia la recurrente en este sentido, pues lo decidido respecto de tal parcela de nuestro reclamo beneficia a la quejosa.”

Solicita se desestime el agravio 14/7/2022 20:18:50

II. 5. La contestación de agravios efectuada por la citada en garantía Provincia Seguros S. A.

La citada en garantía solicita se declare desierto el recurso interpuesto por la parte actora por no constituir una crítica concreta y razonada del decisorio atacado.

En subsidio, contesta agravios: “Se agravia la parte actora respecto de la limitación de cobertura convenida en el contrato, solicitando se condene a mi parte al pago íntegro de la suma que resulte definitiva con respecto al reclamo incoado en marras, pretendiendo entre otras cosas invocar que la cláusula en cuestión resulta abusiva y que de ese modo la cobertura se extienda a hechos dolosos, lo cual resulta además a todas luces improcedente a la luz de lo establecido por los arts. 70 y 114 de la ley 17.418, y por lo tanto es a todas luces resulta improcedente...”

Sostiene que el principio general consiste en que el contrato no produce efectos respecto de terceros en consecuencia, mal puede invocarse que se trata de un consumidor del contrato de seguro celebrado entre su representado y su asegurado. Manifiesta: “lo expresado de modo alguno significa que la eficacia contractual sea irrelevante para los terceros. Por el contrario, el texto mismo del art. 1195 del Código Civil, aunque se trate de excepciones al principio general, enuncia una serie de supuestos que pueden llegar a incidir en la situación jurídica de sujetos extraños al contrato.”

Refiere respecto al efecto relativo de los contratos y los terceros. Dice: “LA DETERMINACIÓN DEL RIESGO Y SU Oponibilidad A TERCEROS. LA CUESTIÓN EN EL SEGURO CONTRA LA RESPONSABILIDAD CIVIL. EL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO Y SU



FUNDAMENTO EN EL ORDEN PÚBLICO. EL PRECEDENTE DE NUESTRO MÁXIMO TRIBUNAL (IN RE, "FERNANDEZ"). LA DECISIÓN DE LA SALA "F" DE LA EXCELENTÍSIMA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. En razón de que los contratos no pueden ser invocados por terceros (art. 1199, Cód. Civ.), todas las hipótesis de delimitación del riesgo les son oponibles. En el sentido indicado, se tiene expresado por la Corte Suprema de la Nación que no hay razón legal para limitar los derechos del asegurador prescindiendo de los términos del contrato de seguro, que la ley reconoce como fuente de la obligación y al que se halla circunscripto el alcance de su responsabilidad. Lo propio acontece con el seguro contra la responsabilidad civil. En efecto, sobre la cuestión se tiene decidido que si bien el seguro de responsabilidad civil prevé la reparación del daño producido a terceros, ésta debe serlo dentro de los límites del contrato. ESTO SE DEPENDE ADEMÁS DE LA PERICIA CONTABLE Y DE LA CONTESTACIÓN DEL EXPERTO PERITO CONTADOR AL MOMENTO DE PRESENTACIÓN DE SU DICTAMEN, EL CUAL ADICIONALMENTE NO FUE CONTROVERTIDO POR LA PARTE ACTORA."

Afirma: "DISTINCIÓN ENTRE CLÁUSULA DELIMITADORA DEL RIESGO ASEGURADO Y CLÁUSULA LIMITATIVA.

Otro fundamento respecto de los agravios vertidos por la parte actora es que los mismos no distinguen entre delimitación del riesgo y cláusulas limitativas, la cual pretende sea declarada abusiva. Sostiene: "La delimitación del riesgo (a) es anterior al nacimiento de los derechos y obligaciones de los contratantes, y (b) hace al OBJETO del contrato: comprende la individualización y determinación de la base del riesgo asegurado y la fijación de sus límites económicos. ES AQUÍ DONDE ENCONTRAMOS LO RELATIVO A LA CLÁUSULA QUE CUESTIONA LA ACTORA, Y QUE CONSTITUYE DEFENSA NACIDA CON ANTERIORIDAD AL SINIESTRO, INTEGRANDO ASÍ LA MEDIDA DEL SEGURO Y, POR LO TANTO, OPONIBLE A LA VÍCTIMA (ART. 118, LEY 17.418)."



"Mientras que, por otra parte, las cláusulas limitativas (a) tienen por finalidad eximir total o parcialmente la responsabilidad del asegurador, o bien el derecho de indemnidad del asegurado o la reparación plena del daño al tercero; y (b) se aplican en etapa de ejecución del contrato."

Cita jurisprudencia y sostiene: "En conclusión, entiende que la sentencia que obliga a la aseguradora a afrontar el pago de los daños sufridos por la víctima más allá del límite que emerge de la póliza implica una violación de su derecho de propiedad (art. 17, C.N.)."

III.- La solución.

III. 1. La solicitud de deserción del recurso.

La citada en garantía Provincia Seguros S. A. al contestar agravios solicita se declare desierto el recurso interpuesto por la parte actora toda vez que –según sus opiniones- el mismo no se ajusta a las prescripciones legales del artículo 260 y 261 del Cód. Proc. En efecto, de la atenta lectura de la pieza de agravios de la actora, surge a todas luces y prima facie, desde la óptica puramente formal que dichos escritos que impugnan el pronunciamiento de Primera Instancia, constituyen una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que los apelantes –desde su ángulo de visión subjetivo- consideran equivocado. Por lo tanto, corresponde decretar el rechazo del pedido de deserción del recurso, por ajustarse las piezas cuestionadas, desde la óptica técnico-formal y "prima facie" a las prescripciones legales del art. 260 y 261 del C.P.C.C.

III. 2. La nulidad de sentencia

En el caso concreto la demanda en tratamiento persigue del I.M.M y de D.J.S un resarcimiento de daños y perjuicios en favor de **A.R.D** y **M.E.R**, por sus propios derechos y en representación de su hijo menor de edad **L.R.A.R**, a raíz de los reiterados abusos que habría padecido este último por parte del profesor de música **R.M.M**, mientras le dictaba clases



dentro del referido establecimiento educativo durante el año 2008 (v. escrito liminar de fs. 10/4 y sendas ampliaciones de demanda de fs. 83/94 y 97/8).

En la sentencia apelada, se hizo lugar parcialmente a la demanda promovida, condenando a R.M.M, I.M.M y D.J.S. Asimismo, se hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la citada en garantía, rechazándose en consecuencia la extensión de la condena a ella.

Así las cosas, en primer lugar evaluaré el planteo de nulidad efectuado por la codemandada D.J.S.

Adelanto que la apelante no demuestra concretamente los vicios formales que le atribuye a la sentencia apelada y mucho menos que el distinguido colega del fuero haya vulnerado el principio de congruencia, baluarte del proceso que además se flexibiliza en los procesos donde se debaten relaciones de consumo.

El recurso de nulidad se encuentra comprendido en el de apelación y se orienta a preservar las exigencias formales que se imponen a la sentencia (art. 253, C.P.C.C.). No se demuestra errónea aplicación del principio "iura novit curia". No ha demostrado la demandada apelante que se ha afectado el derecho de defensa.

Por otra parte, al regir el principio que destaca la apelante, respecto a que el recurso de apelación comprende también el de nulidad, la cuestión que ha motivado las quejas, han de ser resueltas midiendo el alcance de los agravios y la determinación de una crítica concreta y razonada respecto a los fundamentos del fallo apelado.

La codemandada apelante no ha demostrado el absurdo o la arbitrariedad en la valoración de los escritos constitutivos del proceso, los hechos o la prueba.

Se ha señalado: "El recurso de nulidad contra la sentencia de primera instancia sólo procede ante la existencia de vicios extrínsecos (formales), atribuibles a ese pronunciamiento, pero nunca contra los vicios intrínsecos (de juzgamiento), que -de existir- son corregibles por el recurso



de apelación y al que aquél necesariamente accede” (CC0103 MP 145150 RSI-82-10 I 02/03/2010 “Scampitelli, Lisandro c/ Vermarajo S.R.L s/Daños y perjuicios” JUBA B1352873)

También se ha señalado: “Esta Sala tiene dicho que el ataque de nulidad previsto por el art. 253 del C.P.C.C. (comprendido en el de apelación), se refiere exclusivamente a aquellos supuestos en los cuales la decisión final del juez de grado no ha cumplido con alguno de los requisitos formales extrínsecos (forma, tiempo y lugar) establecidos e el art. 163 del C.P.C. (vgr. cuando no precisa los fundamentos del fallo, viola el principio de congruencia otorgando más o menos de lo que fue solicitado en la demanda, no indica el lugar ni la fecha del pronunciamiento, etc.). La declaración de nulidad de una sentencia requiere la existencia de una irregularidad manifiesta y grave, por lo que no procede cuando los vicios de construcción del fallo son de menor envergadura, o en hipótesis de errores in judicando que, de existir, pueden ser reparados mediante el recurso de apelación.(CC0102 MP 163103 132-S S 06/06/2017 Rodriguez, Clara; Menna, José Y Sucesores De Wallem Solveiq C/ Simón, Elba S/ Ejecución Hipotecaria B5028866 JUBA)

. En definitiva, la nulidad de la sentencia puede articularse cuando existe violación de las "formas extrínsecas", es decir, de los que se llaman requisitos de tiempo, lugar y forma.

Además, con relación a la infracción al principio de congruencia que alega la codemandada D.J.S, debe señalarse que se trata de un planteo no fundado. Al respecto se ha señalado: “La pretendida transgresión al principio de congruencia, requiere de la denuncia y acreditación del vicio de absurdo en la interpretación de los escritos postulatorios, único motivo que habilitaría la revisión de las cuestiones fácticas de la litis.” (SCBA LP Rc 124745 I 10/08/2022 Carátula: Daria, Diana Pompeya c/ Banco Comercial de Tres Arroyos y otros s/ Nulidad escritura pública Observaciones: En la misma fecha y con similar criterio, esta SCBA resolvió en la causa C 124746. El texto de la resolución está disponible en



LM-16168-2010

esta web. SCBA LP C 123323 S 26/04/2021 “Vargas, Eduardo c/Bravo, Virginia Inés y otro s/ Escrituración SCBA LP C 122098 S 18/09/2020; “Bracciale, Paula Gilda y otro c/ Scabone, Irma Isabel y otros s/ Acción de reducción” SCBA LP C 123103 S 18/09/2020, “Pastorino, Gustavo Adrián c/ García, Marcelo Néstor s/ Rendición de cuentas”; SCBA LP C 122050 S 05/06/2019: “M. ,L. M. c/ M. ,F. R. y o. s/ Daños y perjuicios”, SCBA LP C 118307 S 23/05/2017: “Turismo Flecha S.R.L. contra Robotti, Héctor y otro. Daños y perjuicios”, SCBA LP C 116430 S 11/03/2015 “P. ,M. G. C/ M. G. ,J. M. S/ Filiación” JUBA B4200814)

En la misma línea: “No merece andamiaje la denuncia de transgresión al principio de congruencia, en tanto no se desarrolle argumento alguno que permita visualizar el apartamiento del órgano decisor del razonable equilibrio dentro de la bilateralidad del contradictorio y la sentencia en crisis se muestre atenta a la pretensión jurídica que forma el contenido de la controversia (arts. 279 y 289, C.P.C.C. y 31 bis, ley 5827, texto según ley 13.812).” (SCBA LP Rc 124745 I 10/08/2022: “Daria, Diana Pompeya c/ Banco Comercial de Tres Arroyos y otros s/ Nulidad escritura pública”; “Araujo, Mabel Orlanda contra Toffaletti, Ramón Ángel y otros. Daños y perj. autom. con les. o muerte (exc. Estado)”; SCBA LP Rc 119305 I 27/05/2015: “Selvarolo, Luis Ángel contra Orozco, Domingo y otra. Ejecución hipotecaria”; SCBA LP Rc 119696 I 06/05/2015: “Garayalde, Nancy Anabella contra Garayalde, Hugo Martín. Incidente SCBA LP Rc 119478 I 08/04/2015: “Núñez, Fernando Ernesto y otro contra Municipalidad de San Vicente y otros. Daños y perjuicios”, B4240025 JUBA)

Por otra parte, como después se verá, la relación de consumo incide en el proceso civil donde se atenúa el principio dispositivo. Se tratan de nuevas manifestaciones del orden público contractual. (Art. 65 Ley 24.240). De modo que también en este aspecto debe desestimarse el agravio.

La codemandada D.J.S también cuestiona la valoración de la prueba. El intérprete no tiene obligación de hacer mérito de todos los medios



probatorios producidos, bastando con que mediante una razonable selección de la prueba explicita en la sentencia en forma fundada, que ello resulta suficiente para formar convicción sobre la verdad de los hechos. El razonamiento del juez en el caso concreto está razonablemente fundado (Art. 3º Código Civil y Comercial aplicable también como fuente de doctrina). La apelante no ha demostrado error del intérprete en la valoración de los hechos y de la prueba.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha señalado: “El concepto de absurdo hace referencia a la existencia, en la sentencia atacada, de un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica, o a una grosera desinterpretación material de la prueba producida, recalando que no se configura por cualquier error, o una apreciación opinable, ni ante la posibilidad de otras interpretaciones. Al recurrente que pretenda articular este excepcional mecanismo no le ha de alcanzar con sostener que el hecho pudo ocurrir de otra manera, o que la prueba debió ser apreciada de una forma distinta, más probable o aceptable. En cambio, es indispensable dejar claramente demostrado que, de la manera en que se valoró en la sentencia, no pudo ser.” SCBA LP L. 125065 S 09/08/2022 Juez KOGAN (SD) Carátula: C. ,O. E. contra G. A. S. A. i. i. B5007642 JUBA)

En el caso concreto, la sentencia apelada cumple con los requisitos exigidos por el artículo 163 del CPCC. En este aspecto el agravio debe desestimarse.

En consecuencia, propongo desestimar el planteo de nulidad de la sentencia apelada, articulado por la codemandada D.J.S, sin perjuicio de determinar si la apelante demuestra mediante crítica concreta y razonada, los errores que le atribuye a la sentencia apelada (arts. 260, 261 CPCC).

III. 3 La relación de consumo. Un concepto preliminar que va construyendo la solución del caso.



El distinguido colega del fuero resalta la relación de consumo del caso concreto. Ello ha de repercutir en materia probatoria.

Con anterioridad, he señalado: “En las relaciones de consumo, es necesario que la parte que está en mejores condiciones de contribuir al esclarecimiento de los hechos, abandone su actitud de espectadora y asuma el deber de dinamizar cargas probatorias.”

“El proveedor tiene superioridad técnica, es un empresario organizado, redacta y propone la fórmula contractual. Está en mejores condiciones de probar hechos que tal vez el consumidor, por la complejidad de la cuestión, tenga mayores dificultades para dar cumplimiento a cargas procesales relacionadas con la prueba, si se aplicaran criterios tradicionales.”

“Se infiere, aplicando el criterio que en caso de duda la solución debe ser favorable al consumidor, y el principio de cooperación en el esclarecimiento de los hechos que se impone al proveedor. El consumidor ha señalado hechos y ofrecido pruebas. No basta negar esos hechos. No alcanza con limitar las soluciones a la prueba que exclusivamente ha producido el consumidor. “Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio” (Art. 53 – Normas del Proceso -, tercer párrafo, Ley 24.240 –texto Ley 26.361).”

“Ello constituye una derivación explícita del principio de las cargas probatorias dinámicas. La doctrina especializada afirma: “El juez no se limita ya, simplemente, a actuar la voluntad de la ley, sino que su misión en la interpretación y aplicación de la normativa procesal reside más bien en tornar efectiva la tutela jurisdiccional de los derechos, en el marco, naturalmente, de la observancia de las garantías del proceso – contradictorio, publicidad, fundamentación suficiente del decisorio, razonabilidad, consistencia”,(WAJNTRAUB, Javier H. “Régimen Jurídico del



Consumidor Comentado”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 2017, pág. 323).”

“No debemos abordar las cargas probatorias en los procesos de consumo sobre la base del concepto de cargas procesales que ha diseñado el principio dispositivo (Art. 375 CPCC). Resulta aplicable la jurisprudencia que sostiene: “Para abonar la tendencia que la normativa viene construyendo, se dijo que “corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda con fundamento en la falta de prueba por parte del consumidor de la extensión del plazo de garantía, toda vez que el encuadramiento del sub lite bajo la órbita de la Ley de Defensa del Consumidor impone aplicar en materia de distribución de cargas probatorias el artículo 53 de la ley 24.240 y no el artículo 377 del Código de rito en cuanto esta última pueda entenderse opuesta por aquella” (Jurisprudencia de la CN Comercio, sala C, 23-10-2012, “Constructora de Proyectos S. A. c/ Autovisiones S.A.”, citado por WAJNTRAUB, obra citada, pág. 325/326).”

“Es un principio con absoluto arraigo: “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa” (Art. 37, 4º párrafo Ley 24.240). Interpretar la conducta del consumidor con prescindencia del principio de cargas probatorias dinámicas podría llegar a soslayar las obligaciones que en materia de prueba tiene el oferente.” (Esta Sala Primera, mi voto en “AGUIRRE, ROSA LILIANA C/ BANCO COMAFI S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS Expte. N° LM-27345-2015, 23 de diciembre de 2021).

Viene firme a esta Alzada la vigencia de una relación de consumo en el caso concreto. De modo que las voces del consumidor deben ser oídas aún desde su silencio. En este aspecto, la demanda, la contestación de excepciones y la expresión de agravios, no constituyen fragmentos aislados y sí partes de un mismo continente.

El consumidor ha señalado hechos y ofrecido pruebas. No basta con negar esos hechos. No alcanza con limitar las soluciones a la



prueba que exclusivamente ha producido el consumidor. Es importante destacar que “Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio” (Art. 53 – Normas del Proceso -, tercer párrafo, Ley 24.240 –texto Ley 26.361).

Interpretar la conducta del consumidor con prescindencia del principio de cargas probatorias dinámicas podría llegar a soslayar las obligaciones que en materia de prueba tiene el oferente. En este sentido, “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa” (Art. 37 4º párrafo Ley 24.240).

III. 4. La responsabilidad civil del establecimiento educativo. El caso fortuito.

La codemandada se queja por la responsabilidad endilgada al establecimiento educativo a partir de la conducta ilícita del Sr. Monzón, condenado en sede penal por el delito imputado.

La apelante no ha controvertido suficientemente los fundamentos de la sentencia apelada para valorar los hechos, la prueba y la responsabilidad que se atribuye a los codemandados. (Doct. Arts. 260, 261 CPCC).

El art. 1.117 del C.C establece: “Los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo que probaren el caso fortuito. Los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil. A tales efectos, las autoridades jurisdiccionales, dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación precedente. La presente norma no se aplicará a los establecimientos de nivel terciario o universitario”



Con relación al artículo 1117 del Código Civil reformando por Ley 24.830, se ha señalado: “Esta norma, a su vez, dio lugar a una renovada jurisprudencia y doctrina construidas en torno a ella. El cambio más evidente consistió en abandonar la responsabilidad subjetiva endilgada a los "directores" de colegios, por una responsabilidad de naturaleza objetiva atribuida a "los propietarios de establecimientos educativos", que ciertamente pueden ser tanto personas humanas como personas jurídicas. La responsabilidad se hizo objetiva de manera extrema, ya que únicamente era posible liberarse de ella probando el caso fortuito: esto es, ni la prueba de la diligencia o falta de culpa del propietario del colegio y ni siquiera la prueba de la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debiera responder eran, en principio, suficientes para liberar de responsabilidad al empresario educativo.”(NAVARRO FLORIA, Juan G., “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el nuevo Código Civil y Comercial”, El Derecho272-756<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/8439/1/responsabilidad-civil-establecimientos-educativos.pdf>).

NAVARRO FLORIA también sostiene: “Por último, es también claro que la responsabilidad objetiva en los términos del art. 1767 puede concurrir también con otras responsabilidades objetivas del propietario del establecimiento educativo, si este es además propietario de alguna cosa riesgosa o viciosa que hubiese intervenido en la causación del daño (art. 1757 y concs., CCC), o por su calidad de empleador o principal de un dependiente que haya tenido responsabilidad personal en el hecho.” (obra citada).

Si bien el autor comenta el artículo 1767 del Código Civil y Comercial, respecto a la responsabilidad objetiva del propietario del establecimiento educativo, que también se extiende al obrar del dependiente, se mantiene el principio que ya había instaurado la ley 24830 al reformar el artículo 1117 del Código Civil.



Estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva donde las exigentes de responsabilidad difieren sustancialmente de otros supuestos donde se acredita un daño cierto. La responsabilidad objetiva y la obligación de resultado que responde a su naturaleza, no se pueden fragmentar mediante interpretaciones de los hechos que no responden a la prueba del debido cumplimiento de las obligaciones de control de la autoridad educativa, sin que corresponda en el caso concreto el pretendido desplazamiento de responsabilidad de la propietaria del establecimiento educativo al docente autor del daño que realiza actividades en ese ámbito escolar.

En la sentencia apelada se ha destacado el deber de seguridad. Se trata de una obligación de resultado que va ínsito en la naturaleza de la actividad educativa, no limitada exclusivamente a la enseñanza.

También afirma el juez de grado “que el hecho de un tercero, en la medida que sea imprevisible o inevitable excusa al propietario. Ello simplemente, porque en nuestro sistema jurídico lo que es inevitable y/o imprevisible configura caso fortuito, lo que está específicamente previsto en la norma como causal de exoneración de responsabilidad”

“En suma, sólo el caso fortuito extraño al riesgo de la actividad y el hecho del tercero por el que no se deba responder resultan exención” (Ver sentencia apelada)

El señor juez de grado destaca la relación de consumo en el caso concreto. “Es más, la vinculación generada entre el educando y la institución es una típica relación de consumo en los términos de los artículos 1º, 2º y 3º de la ley 24.240, surgiendo en cabeza del proveedor profesional del servicio la obligación de seguridad correspondiente.”

“El incumplimiento habrá de manifestarse en los daños sufridos por la víctima, de manera que probado el incumplimiento se presume la responsabilidad del proveedor profesional del servicio, vale decir, de la institución demandada.”



“El art. 40 (incorporado por la ley 24.999-B.O. 30/07/1998) consagra un supuesto de responsabilidad objetiva por el vicio o riesgo o la prestación del servicio, liberándose el responsable "total o parcialmente si demuestra que la causa del daño le ha sido ajena". (Ver sentencia apelada)

Este aspecto del fallo no ha sido suficientemente rebatido por la codemandada apelante D.J.S.

El distinguido colega del fuero ha destacado que el hecho se ha producido en el establecimiento educativo, aspecto del fallo que no ha sido controvertido en los agravios.

“A tal efecto, no ha sido controvertido que L.R.A.R concurría a la sala “Las ovejitas” de la institución educativa de mención durante el mes de junio de 2008, como así tampoco que participara como alumno en las clases de música (v. responde de fs. 175/vta., punto II).”

La condena penal se encuentra firme. El distinguido colega del fuero ha considerado los efectos de la sentencia penal firme. Las repercusiones de la condena penal firme repercuten en el presente proceso y en este aspecto la codemandada apelante no ha controvertido los fundamentos del fallo apelado.

Al respecto ha señalado el señor juez de grado: “El hecho dio lugar a una causa penal, a través de la cual se pretendió ventilar todo lo relativo a la hipótesis del mismo y a las consiguientes responsabilidades penales.”

“Dicha acción penal que tengo a la vista para este acto exhibe sentencia condenatoria firme de R.M.M del 3 de abril de 2013, a la pena de un año y seis meses de prisión, con más los gastos causídicos (v. fo. 433/40vta., 572/88, 610/5vta. y 659/vta. de la causa 306-2011 que en fotocopias autenticadas corre por cuerda).”

“En la misma, se lo reputa como autor material y responsable del delito de abuso sexual en los términos del art. 119 primer párrafo del Código Penal, previo a tener por acreditado que “entre el 1° de abril y el 6 de junio de 2008, en horas de la mañana, en la sala de la segunda sección



integrada del I.M.M, sito en la intersección de las calles A.B y Av. C, de la localidad de L.d.M, Partido de La Matanza, una persona del sexo masculino, profesor de música de dicha institución, abuso sexualmente del menor L.R.A.R, quien en ese entonces tenía 4 años de edad, realizándole tocamientos en la zona anal, debajo de la ropa” (v. fs. 433vta. de las fotocopias unidas por cuerda).”

“Si en sede penal se tiene resuelto con sentencia definitiva y firme que el hecho principal motivo de la instrucción, se ha producido de una manera determinada y se definen y precisan las circunstancias fácticas que rodean y entornan al hecho principal que constituye el delito, esa sentencia tiene alcance de cosa juzgada en sede civil, en el sentido de que el juez no podrá nunca afirmar que el hecho ocurrió de una manera distinta (CNCiv., sala D, 7/7/1988, "Eisen, A. v. Lopez, Roberto s/sumario"; conf. art. 1102 CC).”

“La indiscutibilidad en sede civil del fallo condenatorio dictado en la justicia penal (art. 1102 del Cód. Civil) alcanza no solo la existencia del ilícito y condena de su autor, sino también las características y contornos fácticos que conciernen a las circunstancias que rodean el hecho principal y que en sede penal se tienen por acreditados (C.Nac.Civ., sala K, 10/12/1993, "Vázquez, S. v. Kemer, E. s/sumario).”

“Las dos contingencias que son insusceptibles de ser cuestionadas en sede civil son pues: a) La existencia del hecho principal, que incluye autoría del imputado; y 2) la culpa del agente, si fue condenado.” (Ver sentencia apelada)

Los fundamentos de la sentencia apelada respecto a la valoración de la sentencia firme dictada en el proceso penal, no han sido suficientemente controvertidos en los agravios por la codemandada apelante D.J.S. (Doct. Arts. 260, 261 CPCC). Soslaya la apelante que el principal también responde por el hecho del dependiente.

El señor juez de grado ha valorado correctamente la prueba producida para determinar la responsabilidad del establecimiento educativo y



de su docente dependiente. En este aspecto ha señalado: “Por cierto, es la Sra. Licenciada Paula B. Castro del Centro de Atención a Víctimas de Violencia Sexual de la Policía Federal Argentina, quien vino a dejar patentizado, el 14 de abril de 2009, que “respecto de la situación abusiva, que el padre refiere que el primer medio a través del cual L se expresó, fue a través de dibujos con trazos gruesos y cuerpos tachados”, haciendo saber a la experta por el motivo de consulta, “vos me tenés que ayudar, porque no me gusta la música...el profe me hace tocar instrumentos que no me gustan...El profe me hace jugar a juegos feos...” (sic). Si bien no logra continuar con la verbalización, juega con los M.A.C. colocando un muñeco masculino adulto frente a otro muñeco masculino y ubica la mano del primero dentro de la ropa del otro, tocando la zona anal. Dice: “...A muchos nenes les hacía lo mismo y se reían...a mi no me gustaba y me ponía serio...” “Era el juego de las cosquillas...” (sic). Este juego, según los dichos de su padre, lo realizó con su madre, en medio de gran excitación y nerviosismo, para contarle a ella lo vivido en la escuela”. (Ver sentencia apelada)

“El niño refiere que esta situación se habría repetido dos o tres veces, pero no accede a dar detalles del lugar, solo dice: “...en música...” (sic) Se observan en sus relatos y juegos, ciertos indicadores de trauma emocional, los que se hicieron más persistentes al comienzo del trabajo psicoterapéutico, y que fueron disminuyendo con el transcurso de las entrevistas, logrando variar el contenido de su actividad lúdica en forma más creativa y espontánea...En síntesis, se considera que L ha experimentado conductas de tipo abusivas por parte de su profesor de música al que llama Rodrigo, y de las que derivó la sintomatología observada. Sentimientos como culpa, vergüenza y temor a ser sancionado, enmarcaron su relato, el que fue acompañado por juegos y dibujos que expresaban lo vivido...El presente informe ha sido debidamente supervisado por la Licenciada Lidia PARADISO, Coordinadora del Equipo Interdisciplinario de Profesionales de este Centro de Atención a Víctimas de Violencia Sexual de la Policía Federal



Argentina” (v. fo. 93/4 de la causa penal en fotocopias autenticadas).” (Ver sentencia apelada).

La valoración de la prueba testimonial efectuada en la sentencia apelada ha sido correcta y respetuosa del principio de evaluación probatoria a través de la sana crítica (art. 384 CPCC)

Ha señalado el señor juez de grado: “La testigo C.V.R, en la audiencia de vista de causa del 06/06/2016, evidenció en estas actuaciones y en palabras de L que el profesor de música le hacía cosquillas y lo acariciaba, y que aquellas se hacían en los genitales (v. CD de videograbación).”

“Desde luego, el art. 425 del CPCC prevé la exclusión como testigos de los consanguíneos en línea directa, no de los colaterales, de modo que resulta válida la declaración de la tía del menor, máxime cuando a dicha audiencia asistió el letrado de la parte demandada que ejercitó en plenitud su derecho a repreguntar, en un claro comportamiento tendiente a despejar presuntas mendacidades y, finalmente, ningún ataque a la idoneidad de la testigo vino a introducirse en tiempo y forma (art. 456 CPCC).” (Sentencia apelada).

El señor juez de grado ha valorado correctamente la prueba testimonial, con sólidos fundamentos que no han sido aludidos en los agravios. (Doct. Arts. 384 y 456 CPCC). Este aspecto del fallo viene firme a esta Alzada por falta de crítica concreta y razonada. (Doct. Arts. 260, 261 CPCC).

No es ocioso destacar que la eximente de responsabilidad que menciona el artículo 1117 Código Civil, resulta un supuesto extraordinario que no puede resolverse en abstracto. No puede calificarse a un hecho como caso fortuito cuando su previsibilidad impone conductas diligentes.

Si bien no se ha alegado el caso fortuito al contestarse demanda, el señor juez de grado ha rozado la cuestión en la sentencia apelada. En este aspecto ha señalado el señor juez de grado: “El lamentable



suceso, en definitiva, pudo ser previsto y muy probablemente evitado, de haber existido la vigilancia y cuidado que es dable exigir.”

Los propietarios del establecimiento educativo proponen un debate ocioso en torno al caso fortuito porque esa causa de liberación de responsabilidad no ha sido planteada al contestarse demanda. De modo que constituye una cuestión no sometida a la decisión del señor juez de grado y por esa razón no puede abordarse en la Alzada. (Doct. Art. 272 CPCC).

Resulta aplicable: “Existe una presunción de culpa in vigilando de parte de directores y maestros, ya que la vigilancia y cuidado de los menores, mientras permanecen en la escuela, queda en manos de ellos, quienes pueden ejercer una autoridad suficiente como para mantenerlos dentro del orden y la disciplina necesarias para evitar daños. No habiendo demostrado la demandada que el perjuicio sufrido por el menor fuera imprevisible e irresistible, que no era posible evitarlo con el ejercicio de la autoridad antes referida, es irrefutable la sentencia de autos en cuanto endilga a la demandada el deber de indemnidad por los daños sufridos. (art. 512 del C.C.).”(CC0202 LP 101572 RSD-329-3 S 04/12/2003 “Salvatore, Cintia Fernanda y otra c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios”, B301187)

De modo que se torna ocioso discutir si ha mediado caso fortuito que pueda eximir al propietario del establecimiento educativo cuando la responsabilidad objetiva enhebra a diversos sujetos que han de responder frente al deber de seguridad que se impone, en un contexto donde la causa de eximición de responsabilidad no ha sido articulada por los apelantes al contestar demanda sin que modifique esta interpretación que el distinguido colega del fuero en forma muy somera haya afirmado que no existe caso fortuito.(ver contestación de demanda fs. 175/180)

En cuanto al agravio relativo a la aplicación de la normativa del Código Civil anterior, el agravio se diluye. No puede el apelante cuestionar la sentencia apelada porque el señor juez de grado no se ha expresado sobre las eximentes cuando en la contestación de demanda, la propietaria del



establecimiento educativo no planteó concretamente el caso fortuito. Sin embargo, no obstante, esa omisión de la codemandada, lo cierto es que el juez oficiosamente ha considerado que no se ha dado un supuesto de caso fortuito.

En este aspecto, la sentencia apelada está suficientemente fundada. De modo que propongo que se rechace el agravio en cuanto critica al fallo apelado porque le atribuye a las autoridades del establecimiento educativo una falla en el deber de vigilancia. No ha demostrado la codemandada D.J.S, que el intérprete haya fundamentado en forma errónea este aspecto del fallo apelado. (Doct. Arts. 260, 261). En definitiva, la codemandada apelante no ha demostrado falta de responsabilidad en la selección del docente, independientemente de los recaudos que menciona y de vigilancia. De modo que deben desestimarse los denominados segundo y tercer agravios.

El deber de vigilancia no se valora en abstracto. De allí que cabe desestimar el agravio en cuanto a que la demandada acreditó mediante declaraciones testimoniales del personal de la institución (Con alusión a fs. 120, 121, 123, 124 y la agregada en la causa penal) que se cumplía con el deber de vigilancia. En consecuencia no es agravio suficiente afirmar que el señor juez de grado no valoró esas constancias. Se trata de una obligación de resultado y no de medios. La prueba que indica la codemandada está orientada a probar el cumplimiento de obligaciones de medio.

La conclusión del fallo apelado que señala “Como contrapartida, no emergiendo acreditado ni siquiera mínimamente el caso fortuito como causal eximitoria, sin más se impone hacer lugar a la acción promovida contra R.M.M, I.M.M y D.J.S (arts. 505, 514, 902, 909, 1117 y concs. CC.; y 34 inc. 4°, 163, 354, 375, 384 y concs. del CPCC.)” no ha sido controvertida suficientemente en los agravios (doc. Art. 260, 261 CPCC)

Por los fundamentos ya señalados, propongo se desestime los denominados cuarto, quinto y sexto agravios.



III.5. La excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la citada en garantía acogida en la sentencia apelada.

El señor juez de grado admitió la excepción de falta de legitimación pasiva para obrar opuesta por la aseguradora, sostenida por el hecho de hallarse excluida de cobertura por abuso deshonesto. En consecuencia, determinó que no corresponde hacer extensiva la condena a Provincia Seguros S. A. La parte actora apeló este aspecto del fallo.

III.5. a. Primer agravio de la parte actora: Inaplicabilidad al caso concreto de disposiciones más favorables al consumidor. Crítica a la sentencia apelada por no aplicación del último párrafo del artículo 7 CCC.

En este aspecto tiene razón la actora porque la cuestión no puede resolverse aplicando estrictamente criterios propios de los contratos paritarios.

Recordemos 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.” (Art. 7 último párrafo CCC).

El artículo 7 del CCC, en lo que aquí interesa, constituye una proyección del artículo 42 de la Constitución Nacional, reformada en 1994, siguiendo el brote iniciado con la ley 24.240, sancionada en 1993. Cuando se advierte una relación de consumo, nos situamos en el orden público contractual (art. 65 Ley 24.240) y proveemos la tutela efectiva que garantiza el llamado bloque de constitucionalidad. De esto se trata el derecho privado constitucionalizado.

En este aspecto, a mi entender, no debemos distinguir según la ley ordinaria vigente a la época de los hechos y sí determinar si resultan posteriores a la reforma constitucional de 1994.

La relación de consumo es un concepto constitucional que tiene eco explícito en los procesos legislativos actuales.



En este caso, debe destacarse que el orden público atañe precisamente a una relación de consumo, de modo que nada impide en el caso concreto determinar que estamos ante un supuesto de excepción al principio de irretroactividad.

Significa que, en el marco de una relación de consumo, si las leyes supletorias son más favorables al consumidor, se aplicarán inmediatamente a los contratos en curso de ejecución. En consecuencia, las leyes de protección al consumidor, sean imperativas o supletorias -más favorables-, son de aplicación inmediata.

Ha señalado la doctrina: “V. Normas supletorias en el contrato de consumo. La excepción que estamos comentando es cuando las leyes supletorias sean "más favorables al consumidor en las relaciones de consumo", es decir que en los contratos de consumo debe realizarse una ponderación de las leyes supletorias que regulan el contrato y las nuevas disposiciones, y aplicar la que sea más ventajosa para el consumidor, teniendo en cuenta el acceso al consumo sustentable (art. 1094). En los fundamentos del código se explicó que tratándose de una relación de consumo, particularmente, cuando el contrato es de duración, debe descartarse la presunción de una voluntariedad común sobre la remisión a las normas supletorias vigentes. Por ello, dado que es de presumir que la nueva ley mejora según lo justo la derogada y que el legislador la sanciona de acuerdo con lo que parece más razonable según los cambios sociales o las prácticas negociables, es conveniente que, en estos casos, la regla sea invertida en el sentido que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor.” (DELL' OREFICE, Carolina - V. PRAT, Hernán V., “La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio”¹ de Octubre de 2015 www.infojus.gov.ar Id SAIJ: DACF150522)



Respecto a la interpretación del artículo 7 con relación a la aplicación de la norma más favorable para el consumidor, la irretroactividad ya tenía un sustento constitucional afianzado con la reforma de 1994. (Art. 42 CN). La protección de los intereses económicos de los consumidores en las relaciones de consumo, deriva de la cúspide constitucional y no se puede hacer descender desde allí al consumidor recurriendo a antiguos peldaños ya superados.

La vigencia del artículo 42 de la CN a la época de los hechos y la jurisprudencia elaborada desde 1993 con relación a la protección de los consumidores y los principios de interpretación propios de las relaciones de consumo, indican que resultan aplicables conceptos del derecho privado constitucionalizado que emergen con anticipación al Código Civil y Comercial.

Si el señor juez de grado ha establecido que rige en el caso una relación de consumo, la interpretación de la ley aplicable no puede desvincularse del artículo 42 de la Constitución Nacional. Los principios y valores jurídicos que sustentan a las relaciones de consumo son preexistentes a las reformas del Código Civil y Comercial de La Nación.

El artículo 7 del Código Civil y Comercial, en lo que aquí interesa destacar, sigue ese trayecto evolutivo (En el que se integra la Ley 24.240 de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 1993). En este contexto desandar tanto camino fructífero resulta incompatible con la interpretación de la ley aplicable en las relaciones de consumo.

Ello lleva a interpretar que la solución del caso no puede basarse exclusivamente en la aplicación de las disposiciones del Código Civil. En consecuencia resultan aplicables porque permiten soluciones más favorables al consumidor, aquellas disposiciones del Código Civil y Comercial referidas a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (Arts. 984 a 989), a la relación de consumo (Arts. 1092 a 1095), las prácticas abusivas (Arts. 1096 a 1099), la información y publicidad dirigida a los consumidores (Arts. 1100 a 1103) y las cláusulas



abusivas (Arts. 1117 a 1122). No se tratan de principios inéditos porque se proyectan desde el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Con el alcance indicado se recepta el primer agravio de la parte actora.

III. 5. B. El principio de congruencia se flexibiliza en los procesos de consumo. El orden público contractual.

El contrato de seguro no puede desafinar con el deber de seguridad que ha determinado el señor juez de grado cuando afirma que “consiste en garantizar la indemnidad del menor en su integridad física y moral.” (Sentencia apelada)

El asegurador no puede discrecionalmente limitar coberturas sin una prueba evidente de su razonabilidad. El orden público contractual (Art. 42 CN; Art. 158 Ley de Seguros; Art. 65 Ley 24.240) exige el abordaje de oficio de toda cuestión relacionada con el contrato de seguro, al igual del examen de una cláusula penal que se puede morigerar o tenerse por no escrita.

El orden público contractual (Arts. 42 CN; 158 Ley de Seguros y 65 Ley 24.240) impone que la legislación en un proceso de consumo, se aplique inclusive de oficio. Incluso flexibiliza el principio de congruencia y justifica el abordaje de oficio en las relaciones de consumo. Este concepto ha permitido, por ejemplo, morigerar la cláusula penal o el interés moratorio, cuando resultaban excesivas. La prédica de la jurisprudencia y de la doctrina, evolucionaron la legislación. (Art. 656 Código Civil reforma Ley 17.711).

Asimismo, el orden público contractual traza los límites de la autonomía de la voluntad, sin la expansión que se admite en los contratos paritarios. (ver Sobrino, Waldo Augusto: “Un nuevo orden público de seguros La ley de Seguros es el piso mínimo para proteger al consumidor de seguros” 10 de Noviembre de 2010 www.saij.jus.gov.ar Id SAIJ: DACC100087)



La relación de consumo constituye un concepto más amplio que la idea de contrato de consumo. De pronto las puertas se abren al unísono y pierden visibilidad en ese umbral aquellos conceptos de los efectos relativos de los contratos que dejan en prieto ambiente, solitarios y sin la intervención de terceros, a las partes que han celebrado el contrato.

En un lenguaje clásico podríamos hablar de estipulación a favor de terceros para legitimar a la víctima o damnificado por un hecho comprendido en la cobertura. En mi opinión, el contrato de seguro es un típico ejemplo de estipulación a favor de terceros.

Sin embargo, la víctima en el caso particular que nos ocupa, queda comprendida en la relación de consumo, por lo que corresponde calificarla como consumidor de seguros (art. 42 CN; Art. 3º Ley 26.361).

Las consecuencias de una relación de consumo han sido destacadas por Sobrino: "Y, una de las principales consecuencias, es la destrucción del 'principio del efecto relativo de los contratos', regidos por los Arts. 1.195 y 1.199 del Código Civil. (Sobrino, Waldo Augusto: "La víctima de un siniestro es un consumidor de seguros y las consecuencias prácticas y legales", 11 de Noviembre de 2010 www.saij.jus.gov.ar Id SAIJ: ACC100088)

En este aspecto los agravios de la parte actora están suficientemente fundados.

Sobrino, también sostiene: "3.1) En la cuestión de los consumidores es fundamental resaltar que en consonancia con lo establecido respecto a la relación de consumo la Ley 26.361 produjo un cambio trascendental en el Art. 1º, dado que de manera puntual, específica y concreta, determinó que son considerados consumidores:

(i) quien es parte en una relación de consumo (Art. 1º, primer párrafo de la Ley 24.240); (ii) quien no es parte, pero como consecuencia de una relación de consumo, utiliza bienes o servicios (Art. 1º, segundo párrafo, primera parte, de la Ley 24.240) (como destinatario final, en beneficio propio) (iii) quien no es parte de un contrato de consumo, pero que "...de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo..." (Art. 1º, segundo



párrafo, 'in fine', de la Ley 24.240) 3.2) De esta manera, como primeras conclusiones podemos señalar que:- para ser consumidor no hay que formar parte de una 'relación contractual', sino de una "relación de consumo" - una persona / víctima ('no' 'tercero', porque no se aplica en el 'Derecho de Consumo', el principio del efecto relativo de los contratos), también se encuentra dentro de la categoría de "consumidor", si era el destinatario del servicio (o su beneficiario), o si "de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo" 4) Víctimas de siniestros:" (Sobrino, Waldo Augusto: "La víctima de un siniestro es un consumidor de seguros y las consecuencias prácticas y legales", 11 de Noviembre de 2010 www.saij.jus.gov.ar Id SAIJ: ACC100088)

Debe señalarse que ya no estamos hablando de seguros voluntarios y sí de seguros obligatorios cuyos efectos se expanden sobre determinados grupos, clases o categorías de personas. Ello constituye un dato relevante que el intérprete debe abordar lejos de la antigua casuística.

Los derechos de incidencia colectiva (Art. 42 CN), aún sin procesos regulados, han modificado sustancialmente las clásicas articulaciones del proceso judicial, abriendo entre distintas puertas, aquella que permite el paso a nuevas legitimaciones.

El camino conduce a receptor a la víctima (tercero en la relación jurídica) como un consumidor de seguros. Explica Sobrino: "4.1) Teniendo en cuenta todo lo antes desarrollado, es que corresponde ahora analizar la situación de las "víctimas" de 'siniestros', donde se apliquen Seguros de 'Responsabilidad Civil', ora 'voluntarios', ora 'obligatorios' Así es que a continuación estudiaremos el nudo gordiano del presente trabajo, y que estimamos que va a resultar uno de los temas que más discusiones va a generar en la doctrina y jurisprudencia: la víctima de un siniestro, es un consumidor de seguros (6) 4.2) Seguros de Responsabilidad Civil 'Voluntarios': Estimamos que para este tema, se aplica la parte del Art. 1º de la Ley 26.361, cuando afirma que serán considerados consumidores aquellas personas que "...sin ser parte de una relación de consumo..." de



"...cualquier manera está expuesto a una relación de consumo..." Así cualquier damnificado, cuyo dañador estuviera amparado por un seguro de responsabilidad civil, podrá sostener que está expuesto a dicha relación de consumo."

El representante del instituto educativo que contrata un seguro obligatorio, al hacerlo está pensando en sus alumnos. Así, se dijo: "Y, la exposición surge -justamente- del hecho que el asegurado (dañador), contrató el seguro de responsabilidad civil, para ampararse del riesgo, que estimaba que podía producirle a quien puede llegar a ser la víctima."

"Así, la víctima se encuentra mucho más allá, de ser solamente una persona que de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo."

"Ello es así, dado que tanto el asegurado como la Compañía de Seguros, sabían que ese seguro de responsabilidad civil, se iba a aplicar cuando una persona (que al momento de la contratación del seguro era indeterminada), que se particulariza específicamente, cuando se convirtió en una víctima, en el momento de la producción del siniestro."

"Por ello, es que la víctima de un siniestro de un seguro de responsabilidad civil de carácter voluntario, también es un consumidor de seguros" (Sobrino, Waldo Augusto "La víctima de un siniestro es un consumidor de seguros y las consecuencias prácticas y legales", 11 de Noviembre de 2010 www.saij.jus.gov.ar Id SAIJ: DACC100088)

En este aspecto estoy de acuerdo con SHINA en cuanto a que "En la medida que se den los requisitos de la estipulación en favor del tercero éste tendrá acción directa contra la compañía aseguradora." (SHINA, Fernando: "Los seguros y las relaciones de consumo. La figura del tercero expuesto en el Código Civil y Comercial. La acción directa de las víctimas contra las aseguradoras 17 de Agosto de 2018 www.saij.gob.ar Id SAIJ: DACF180181).

Afirma el señor juez de grado: "Más allá de desconocer la documental aportada por la excepcionante, la asegurada-propietaria del



establecimiento en cuestión y codemandada en autos, D.J.S, fundamenta el rechazo que persigue con apoyo en la propia instrumental arrimada y por la DIPREGEP (v. fs. 280/2).”

“También argumenta que el tipo delictual que surge de la causa penal es abuso sexual y no abuso deshonesto. En suma, estima que no cabe realizar una interpretación laxa o forzada de la cláusula de exclusión.”

“4.5. El citado art. 1117 del Código Civil impone a los titulares de establecimientos educativos la contratación de un seguro de responsabilidad civil, tendiente -claro está- a garantizar a la víctima del daño una adecuada reparación.” (Sentencia apelada).

Asimismo, en su segundo párrafo dicha normativa prevé de manera expresa: “Los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil. A tales efectos, las autoridades jurisdiccionales dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación precedente.”

Vale decir, la norma introduce la previsión de un seguro obligatorio.

III. 5. C. El seguro escolar obligatorio.

El contrato de seguro explica desde la adhesión una relación de consumo y en consecuencia sus cláusulas, en caso de duda, deben interpretarse a favor del consumidor. Este mismo principio tiene otras proyecciones, entre ellas aquella que se sostiene desde tiempos inveterados, es decir desde el principio de la interpretación de los contratos de seguro. Cuando se controvierte el alcance de la cobertura, el intérprete debe alejarse del texto estrictamente literal (equivalente a una cosa inerte, sin las vivacidades que solo explican los dinamismos de un contrato con fuerte finalidad social). En este aspecto debemos subrayar que cuando se duda (precisamente por la influencia que puede tener el texto literal) sobre el alcance de la cobertura, debe estarse por la subsistencia de la obligación del asegurador. Otra interpretación no cabe porque el constructor del contrato



no ha consultado al adherente y éste ha contratado precisamente para obtener indemnidad.

La doctrina ha sido explícita. “A propósito ha reiterado la jurisprudencia que en caso de duda sobre el alcance de la cobertura de la póliza de seguros hay que estar por la subsistencia de la obligación del asegurador. Este postulado puede ensamblarse, en caso de considerarse al contrato de seguro (contrato de adhesión a condiciones generales) como una típica relación de consumo entre el asegurador y el asegurado, con el principio in dubio pro consumidor, contenido en los arts. 3° in fine 4) y 37 referido a las cláusulas abusivas de la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario N° 24.240/93 En esta cuestión recomendamos la lectura del artículo de STIGLITZ, Rubén S., “Cláusulas abusivas en el contrato de seguro”, en libro Derecho del Consumidor N° 9, Director Gabriel A. STIGLITZ, Ed. Juris, Rosario, 1998, ps. 31/45. Año X - N° 9 - setiembre de 2008 Publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación Director Atilio Aníbal Alterini Subdirector Miguel Federico De Lorenzo PIROTA, Martín Diego: “El dolo y la culpa grave como causales de exclusión de cobertura en el seguro contra la responsabilidad civil) p. 13<https://villaverde.com.ar/archivos/investigacion/filiacion/wrongful-birth-medina.pdf>).

El contrato también se interpreta por su función social. La finalidad del seguro escolar obligatorio que constituye un deber impuesto por la legislación específica satisface una obligación de seguridad (de resultado) que es la indemnidad de todas las personas humanas, a quienes se les garantiza cobertura. En este caso, los alumnos que constituyen una clase, categoría o grupo de personas con tutela contractual.

Ningún objeto tendría el seguro escolar obligatorio si se dejara librada a la voluntad del oferente, distintos supuestos de exclusión de cobertura respecto a hechos que precisamente eclosionan en el establecimiento educativo.



Si se validara la cláusula de exclusión de cobertura, en el caso concreto el deber de seguridad no tendría aseguramiento.

Pensemos en la función social del contrato de seguro y su aplicación a un ámbito específico donde la falta de cobertura por un hecho si bien atípico no resulta en definitiva extraño a un riesgo propio de las relaciones humanas, y que en el caso concreto ha eclosionado en el establecimiento educativo. Los niños son personas vulnerables y tampoco deben quedar expuestas a una situación de vulnerabilidad. Si bien es cierto que reciente normativa específica de la Superintendencia de Seguros dispone que las pólizas deben adecuarse a las disposiciones del Código Civil y Comercial, los hechos asegurables de fecha anterior a la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento jurídico, igualmente quedan sujetos a principios que se proyectan desde la reforma constitucional de 1994 (Art. 42) y en los cuales precisamente se ha sustentado el Código actualmente vigente. En consecuencia, sostengo que las pólizas de seguro debieron necesariamente (Agrego la legislación del seguro también) adecuarse a los términos del artículo 42 de la Constitución Nacional, considerándose que constituye una cláusula que tutela la relación de consumo y los intereses económicos de los consumidores.

Vamos a suponer que el monto de la prima del seguro tenga estricta relación con el riesgo que se pretende dar cobertura en cuyo caso la aseguradora debía probar que la exclusión dispuesta en la póliza por los hechos allí enunciados, era razonable y proporcional a la suma abonada por la asegurada. Coincidimos con Sobrino, en cuanto a que debe probarse el perjuicio para la liberación del asegurador. En caso contrario se darían a las cláusulas discrecionales (abusivas) un valor en abstracto.

El planteo de la aseguradora desnaturaliza el contrato de seguros y lesiona el principio de buena fe.

Debe tenerse en cuenta las cláusulas no tienen que ser ambiguas ni confusas. Ha señalado la jurisprudencia: "No puedo soslayar que en el caso de autos se encuentran en juego el pacto realizado mediante



dos contratos de adhesión. Inicialmente los padres del menor y el establecimiento educativo accionado celebraron un contrato de enseñanza privada, que también constituyó una estipulación a favor del tercero, esto es, el alumno al que el establecimiento le impartiría educación (conf. Taraborrelli, José N., “El contrato de enseñanza educativa privada constituye una estipulación a favor de tercero”, La Ley online, 0003/009389). A la par, la institución celebró otro contrato de adhesión con la aseguradora apelante, por el cual aseguró daños de diversa especie, entre ellos, lo que podían producirse a sus alumnos. Esta convención también constituye una estipulación a favor de un tercero, el beneficiario del seguro, quien al aceptar la ventaja, le da el derecho de requerir su cumplimiento (art. 504, C.C.). Hoy, conforme el nuevo ordenamiento legal, si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante (art. 1207, C.C.C.N.)” (“MELGAREJO DIEGO ARMANDO C/ AZZOLINA JULIO DAMIAN Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” Causa n° 5862/1 RSD 142 sentencia del 9/8/2019)

El contrato de adhesión de origen pretoriano ya tiene dilatada vigencia (la masificación del contrato ha promovido a los contratos de adhesión) y si bien tiene recepción legislativa a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de La Nación, la tutela específica y las reglas de interpretación adecuadas a su modalidad, ya estaban afirmadas por la doctrina y la jurisprudencia.

Si bien el contrato de seguro es de fecha anterior al 1 de agosto de 2015, fecha de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, no hay ninguna duda que resulta pertinente su aplicación como fuente de doctrina para orientar al intérprete.

En esta tarea corresponde destacar que “que el art. 985 del mencionado cuerpo normativo prevé que las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes, debiendo su redacción ser clara, completa y fácilmente legible.” (“MELGAREJO, Nancy



Gabriela y O. por su hija menor PAEZ, María Sol c/ ESCUELA P-008 SANTO TOMÁS DE AQUINO P/ D. y P.”, (Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza Ver Mendoza, a los once días del mes de noviembre de dos mil dieciséis, <http://www.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=511462576> 2)

El Tribunal arriba citado también se sustenta en doctrina que voy a compartir: “Stiglitz sostiene que “la consecuencia que, como directiva de interpretación, debe aparejar el defecto de legibilidad de una cláusula restrictiva, leonina, gravosa o abusiva es la de tenerla por no escrita, lo que significa no convenida, o el de su inoponibilidad al adherente/consumidor. Lo expresado constituye el efecto que apareja asumir la responsabilidad de redactar unilateralmente el documento contractual: la obligación de redactar claro constituye la fuente de la responsabilidad civil en que incurre quien efectúa una defectuosa declaración” (Stiglitz, Rubén, “Contratos por adhesión, con-tratos de consumo y cláusulas abusivas”, RCCyC 2015 (setiembre), 17/09/2015, 125, AR/DOC/2850/2015). Este es el caso de autos; la disposición contractual en crisis resulta incoherente, contradictoria, poco clara, ambigua, de tal modo que no permite dilucidar para qué supuestos se deslinda la responsabilidad civil a la suma de \$ 100.000, como supuesto independiente de los daños provocados a los alumnos por accidentes personales, tal como lo pretende la aseguradora.” <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=511462576> 62)

Debe distinguirse entre seguro voluntario y seguro obligatorio.

El seguro impuesto por el artículo 1117 del CC sobre responsabilidad civil cumple su función social y responde al orden público cuando las exclusiones de cobertura no están reñidas con la finalidad prescripta por el legislador.



La discrecionalidad del oferente en un contrato de adhesión que encuentra su dinamismo en una relación de consumo no puede exponer a las víctimas a un agravamiento de su vulnerabilidad.

El seguro escolar obligatorio sobre responsabilidad civil y con prescindencia de las cláusulas propuestas por el oferente, para poder cumplir con su finalidad social, no debe excluir a ningún supuesto de daños provocados en el ámbito educativo.

El principio de confianza se lacera cuando los padres que confían que ningún daño ha de quedar impune cuando afecta a un niño, se percatan recién en el proceso judicial que el seguro que ha contratado el establecimiento educativo, no da cobertura a conductas que estigmatizan.

El exceso de discrecionalidad del oferente debe tener una causa verosímil, por sus efectos gravitantes en el ejercicio de derechos de incidencia colectiva (Art. 42 CN y 38 CPBA).

Insisto, no se trata de un seguro voluntario. El seguro obligatorio no puede excluir hechos que atañen al deber tácito de seguridad que constituye una obligación de resultado.

El orden público atañe al interés general. Los particulares no pueden derogar principios de orden público. El legislador no ha querido un seguro residual o incompleto.

Ver al contrato de seguro escolar obligatorio como a una convención más de neto carácter voluntario, significa la derogación de un principio sobre la cobertura de la responsabilidad civil en el ámbito educativo. La póliza de seguros que sostiene la aseguradora no responde a un contrato cuya exigencia ha entendido el legislador que resulta de suma necesidad para el cumplimiento de una obligación legal.

Entiendo que el artículo 1117 CC, constituye una disposición de orden público. La ausencia de reglamentación o las medidas pendientes para su implementación no determinan que se trate de un seguro voluntario puesto que, por sus características y finalidad, escapan al doméstico ámbito de las relaciones entre particulares.



El seguro de responsabilidad civil debe contratarse de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora (SSN).

Se desnaturaliza el propósito del legislador de imponer un seguro obligatorio si quedara su alcance librado exclusivamente a la discrecionalidad del oferente, quien de modo unilateral y en un contrato con cláusulas generales y predisuestas, retira de toda cobertura a un hecho determinado. No se explica porque se ha decidido está exclusión en particular, dándose a mi entender un supuesto de des obligación sin causa.

Entiendo que la jurisprudencia en épocas de tercera y cuarta generación de derechos, se piensa en los pupitres, donde están abiertas las constituciones y los tratados, sin que constituya un impedimento el arraigo de un principio dispositivo cuyo volumen pierde predicamento frente a la finalidad social del seguro obligatorio.

Los escolares constituyen una clase. El Código Civil y Comercial de la Nación tutela a los grupos, clases y categorías de personas. (“Fundamentos del Código Civil y Comercial de La Nación”). El nuevo digesto reposa sobre los fuertes mandatos de la Constitución Nacional y por tratarse de un debate sobre derechos de incidencia colectiva (Art. 42 CN), se vuelven arcaicas las fórmulas del derecho privado. El orden público contractual da cobijo también a incipientes legitimaciones y a nuevas interpretaciones de los contratos de adhesión y de consumo.

En este caso el daño ha sido provocado por un docente a un alumno, es decir se trata de un supuesto de responsabilidad civil que queda comprendido en la previsión del artículo 1117 del Código Civil, vigente a la época de los hechos. Entiendo que la causal de exclusión de cobertura colisiona contra la misma naturaleza de la responsabilidad civil que constituye el objeto del contrato de seguro obligatorio.

Vuelvo a reiterar no puede el asegurador – constructor del contrato – librar a su exclusiva discrecionalidad y mediante una cláusula ambigua y confusa, la limitación del alcance de su responsabilidad mediante



causales de exclusión de cobertura que en determinados casos provocan que el deber de indemnidad se torne abstracto.

La cláusula cuestionada desnaturaliza las obligaciones del oferente. El artículo 37 de la Ley 24.240, establece precisas reglas de interpretación de las cláusulas que son consideradas abusivas e ineficaces, al disponer que, sin perjuicio de la validez del contrato, no se han tener por convenida “a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños”. Además, dicta la mencionada disposición que “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor”.

La regla de interpretación es prístina, no abre caminos a criterios discordantes, excepto que el intérprete descrea de su aplicación.

La cuestionada cláusula no resulta de un debate entre las partes y provoca un desequilibrio en los efectos del contrato, es por ello que entiendo que en el caso concreto es abusiva la cláusula que limita la responsabilidad de la aseguradora.

Además, el seguro obligatorio responde para dar cobertura a un deber de seguridad que tiene el establecimiento educativo. La naturaleza de la obligación del asegurado no puede fraccionarse mediante exclusiones de cobertura que no tengan una causa explícita y razonable.

La cobertura debe alcanzar a todo supuesto donde los daños son causados o sufridos por los alumnos, tratándose de una responsabilidad objetiva que no excluye los supuestos en que el autor del hecho es un docente, sin distinguir por el tipo de agresión.

Buscamos replantear muchas cosas en el derecho actual. Una de ellas es hacer que los contratos vivan en la Constitución Nacional y las víctimas, en particular cuando son niños, puedan obtener la reparación que el daño les ha causado. El niño víctima tiene en las alforjas que carga el derecho, orden público y tutela efectiva.

Las muchedumbres no redactan los contratos. Ni siquiera debaten alguna cláusula. En abstracto a ningún padre se le ocurriría pensar



que si el colegio donde se educa su hijo ha contratado un seguro obligatorio, determinados hechos que causan daños a los alumnos estarían exentos de cobertura.

Son cláusulas que no favorecen al consumidor y mucho menos a la víctima. Son cláusulas que van en exclusivo beneficio del autor del contrato. La función social del seguro voluntario y con mayor razón del obligatorio, requiere que el asegurador explique la causa de su desobligación.

El seguro obligatorio, que traza una relación de consumo, no puede dejar librada su interpretación al principio de la autonomía de la voluntad como si fuera un contrato paritario y mucho menos desplazar las cargas probatorias al asegurado o al tercero damnificado. El difuso ámbito de la adhesión – sin charlas y debates preliminares- y con sinuosas modalidades de información, impide compartir las conclusiones del fallo apelado sobre este aspecto controversial. El asegurado no elige que riesgos se van a cubrir o que acontecimientos se van a excluir.

La asegurada no tiene porqué probar tampoco que el siniestro queda comprendido entre los riesgos asumidos por el asegurador. Con mayor razón cuando la cláusula limitativa es ambigua o confusa. Al contrario, es tarea del asegurador probar que informó suficientemente sobre el alcance de una cláusula cuyo texto literal siquiera consulta a los nuevos tipos penales.

Si bien la prueba pericial e informativa que destaca el distinguido colega del fuero podrá demostrar objetivamente la contratación de un seguro y el texto literal de su composición, corresponde al intérprete determinar su alcance y calificar la cláusula controvertida.

Para decidir la exclusión de cobertura, ha señalado el señor juez de grado: “Del oficio cursado en su momento a la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Buenos Aires se desprende que la cobertura de la póliza celebrada entre el I.M.M de propiedad de D.J.S y Provincia Seguros S.A. tenía por objeto la responsabilidad civil extracontractual emergente de



su actividad “Establecimiento Educativo”, en función de lo cual figuraba como riesgo cubierto lo siguiente: Pcia. Seguros se obliga a mantener indemne al Asegurable por cuanto deba a un tercero, en razón de la responsabilidad civil extracontractual que surja de los artículos 1109 al 1136 y específicamente del art. 1117 (modificado por ley 24830) del código civil, en que incurra exclusivamente como consecuencia de su actividad educativa, detallada en la propuesta. A cuyos efectos se consideran terceros los alumnos regulares o especiales del establecimiento educativo asegurado, los que deberán constar en sus libros registrables o en nómina fehaciente declarada” (v. fs. 43).

No obstante ello, a partir del pedido de explicaciones formulado por el letrado apoderado de Provincia Seguros en su presentación electrónica del 19/05/2020, el Sr. Perito Contador interviniente, Héctor Rodríguez Fennocchio, dejó plasmado en su nuevo dictamen que: “Además de los casos excluidos en la CL.4 de las condiciones generales, el Asegurador no indemnizará la responsabilidad del asegurado que emerja de: (entre otros supuestos) Reclamos derivados de Acoso Sexual, abuso deshonesto y todo tipo de discriminación...” (v. pres. electrónica del 04/06/2020 y anexo II de la póliza 36.587 allí adjuntado).” (Ver sentencia apelada)

El derecho debe ser interpretado respetando el principio de confianza, superlativo en las relaciones de consumo.

De modo que en el contexto del caso donde prevalece el orden público contractual (Art. 65 Ley 24.240), no resulta trascendente que la pericia contable no haya sido objeto de cuestionamientos o impugnaciones. En este aspecto no comparto los fundamentos del fallo apelado.

El señor juez de grado, al referirse a la expresión “abuso deshonesto” referido en la controvertida cláusula, ha señalado: “En ese orden de ideas, respecto del abuso deshonesto ha de entenderse el “Delito consistente en cometer actos libidinosos con persona de uno u otro sexo, menor de cierta edad, privada de razón o de sentido, o mediante el uso de la



fuerza o intimidación, sin que haya acceso carnal” (“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales” de Manuel Ossorio, Ed. Heliasta, pág. 30).” (Ver sentencia apelada).

En lo que aquí interesa destacar, ha interpretado el señor juez de grado: “No habiendo quedado patentizado en estas actuaciones que el evento de autos -derivado de un abuso sexual sin penetración-, se encuentra comprendido entre los riesgos asumidos por la aseguradora a fin de resultar aplicable la garantía, vale decir, fuera del alcance de una clara y evidente hipótesis de abuso deshonesto, estimo que a todas luces se configuró la causal de exclusión de cobertura pactada en el contrato de seguro y en su mérito, ante la eventual acogida de la demanda, no corresponde hacer extensiva la condena a Provincia Seguros S.A.”(Ver sentencia apelada).

Dejar expuesto el seguro obligatorio a liberaciones puntuales del asegurador mediante cláusulas en las que no ha participado en su redacción el asegurado, desnaturalizaría la finalidad del legislador en la reforma del artículo 1117 del Código Civil.

El seguro obligatorio tiene una finalidad social.

Expresa la doctrina: “4.3) Seguros de Responsabilidad Civil 'Obligatorios':

“4.3.1) Según enseñaba el genial maestro Isaac Halperín, el seguro tiene que cumplir con una función social”

“Y, uno de los instrumentos más importantes para llegar a dicha función social, es a través del seguro de responsabilidad civil de carácter obligatorio.”

“Ello es así, dado que nuevamente se dejan de lado viejos paradigmas, y -entonces- el beneficiario principal del seguro de responsabilidad civil, ya no es el asegurado, sino que irrumpe una nueva persona, como epicentro del Derecho en General y del Derecho de Seguros, en particular: las víctimas de los siniestros (en particular, de accidentes de automotores)”



“4.3.2) De esta forma, de manera parcial e incompleta (pero, por lo menos existe), tenemos el Art. 68 de la Ley 24.449, que establece el seguro de responsabilidad civil de carácter obligatorio.”

“Concretamente, todo el andamiaje del seguro obligatorio, está pensado y previsto, para proteger a las víctimas de siniestros de automotores.”

“4.3.3) Sentado lo antes expuesto, volvemos ahora a nuestra normativa positiva (Art. 1º de la Ley 26.361, modificatoria de la Ley 24.240) En el caso de los seguros de responsabilidad civil, de carácter 'voluntario' habíamos acudido al Art. 1º, donde se hablaba de quien no es parte de un contrato de consumo, pero que "de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo" Pero, en el caso de los seguros de responsabilidad civil carácter 'obligatorio', la normativa legal, es aún más específica, dado que la víctima de un siniestro de accidentes de automotores, no está expuesta 'de cualquier manera', sino que existe una norma legal puntual que quiere protegerla: Art. 68 de la Ley 24.449.”

“4.3.4) Por ello, entendemos que: la 'víctima de un accidente de tránsito' tiene todavía un andamiaje jurídico más específico, dado que 'sin ser parte', es el 'destinatario final' (Art. 1º de la Ley 26.361) de la 'relación de consumo' (Art. 42 de la Constitución Nacional), expresamente prevista en el seguro de responsabilidad civil obligatorio (Art. 68 de la Ley 24.449) (9)

“4.3.5) Como consecuencia de ello, es que entendemos que el damnificado de un accidente de tránsito, por imperativo legal, debe ser considerado un consumidor de seguros.

“5) Consecuencias legales prácticas que la Víctima de un siniestro sea considerado un Consumidor de seguros:

“5.1) Uno de los problemas que tenemos los abogados con la sociedad en general, es que nos suelen endilgar que muchas veces tenemos criterios meramente teóricos y que -como consecuencia de ello- tenemos cierto divorcio con la realidad y las necesidades de la gente.”



“Así, estimo pertinente recordar a Rudolph von Ihering, en su obra "La lucha por el Derecho" (10), cuyas primeras palabras son "...el Derecho es una idea práctica...".

“5.2) Por ello, es que a continuación, desarrollamos algunas consecuencias práctica, de orden legal, al considerar a la víctima de un siniestro de accidente de tránsito, como un consumidor de seguros (11) 5.3)” .(Sobrino, obra citada) La víctima de un siniestro es un consumidor de seguros y las consecuencias prácticas y legales” (Sobrino, Waldo Augusto 11 de Noviembre de 2010 www.saij.jus.gov.ar Id SAIJ: DACC100088).

Resulta indudable, a mi entender, el acierto de Sobrino en cuanto sostiene que "Según ordena la Constitución Nacional, las cuestiones referidas a los 'consumidores' se rigen por las pautas de las 'relaciones de consumo' Asimismo, de acuerdo a las mandas del Art. 42 de la Carta Magna y la Ley 26.361, los damnificados que no forman parte de la relación contractual, también son consumidores.”

“Como consecuencia de todo ello, las 'víctimas' de un siniestro, deben ser legalmente considerados como 'consumidores de seguros” (Sobrino, Waldo Augusto: “La víctima de un siniestro es un consumidor de seguros y las consecuencias prácticas y legales 11 de Noviembre de 2010 www.saij.jus.gov.ar Id SAIJ: DACC100088).

Entiendo que este criterio también debe ser aplicado al seguro obligatorio que prescribe el artículo 1117 del Código Civil, aplicable al caso concreto.

En el seguro, con mayor razón cuando es obligatorio, la conducta dolosa del dependiente del asegurado no excluye la cobertura

Se ha señalado: “1.- Carácter personal de la exclusión: “para que el acontecimiento siniestral quede fuera de la cobertura asegurativa, el dolo o la culpa grave debe ser personal o propia del asegurado, tomador o beneficiario, según el caso, no siendo invocable la del conductor del rodado, la de sus empleados, ni la de sus parientes por quienes resulta civilmente responsable”. Esto se basa en lo dispuesto por el art. 158 de la ley de



seguros, de acuerdo al cual ciertas disposiciones, por su carácter relativamente imperativo, sólo pueden ser modificadas a favor del asegurado” (Pirota, Martín Diego. El dolo y la culpa grave como causales de exclusión de cobertura en el seguro contra la responsabilidad civil Web site del autor: www.martindiegopirota.com.ar - Artículo publicado en eIDial.Express (Suplemento de Derecho del Consumidor – Doctrina), Buenos Aires, 2 de Setiembre de 2005; Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, LL sección Doctrina Esencial, Año X, N° 9, Setiembre de 2008, págs. 9/16.);(Barbato, Nicolás H., Culpa grave y dolo en el derecho de seguros, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1988, pág. 236).

Es interesante destacar que la doctrina restrictiva de la CS y SCBA que cita el asegurador ha sido desplazada – a mi entender – por la tutela efectiva que impone la relación de consumo, autorizada a incluir a los terceros damnificados – es decir a quienes no han sido parte del contrato de seguro- por su condición de consumidores. (Art. 42 CN y 38 CPBA). Los efectos relativos de los contratos se reformulan después de sanción de la ley de defensa del consumidor y de la reforma constitucional de 1994. Con mayor razón – entiendo – cuando se trata del seguro obligatorio, orientado a dar cobertura a un grupo, clase o categoría de personas – en este caso los alumnos -.

La función social del contrato y la tutela a los derechos colectivos requieren soluciones específicas, no exigidas puntualmente en los supuestos de defensa de intereses individuales.

El nuevo orden jurídico modifica sustancialmente el concepto de efectos relativos de los contratos. Autores estudiosos de los nuevos principios (o clásicos principios adecuados a las relaciones de consumo), lo explican. Ricardo Luis Lorenzetti, afirma que “el Derecho Civil diseñó el principio de los efectos relativos de los contratos. El Derecho del consumo lo destruyó...”, (“Consumidores”, página 53, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2003, citado por el autor en consulta).



Debe tenerse en cuenta que la reforma constitucional de 1994 (anterior a los hechos controvertido), en su artículo 42 en su integración a las convenciones y tratados con jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22 CN)(Cláusula operativa que obliga a repensar el derecho, en particular cuando la partitura es paritaria). La expresión "relación de consumo" es más intenso y comprensivo que el de "contratos de consumo"(GHERSI, Carlos Alberto; Contrato de Seguros, página 23, párrafo nº 17 'La Reforma Constitucional de 1994. Las Relaciones de Consumo y los Tratados Internacionales, citado por Sobrino).

Gheresi sostiene además – según recuerda Sobrino – "De forma tal que "...la empresa de seguro queda ligada en la relación de consumo con el asegurado o beneficiario..." sosteniendo que "...el beneficiario o el asegurado pueden invocar la ineficacia de ciertas cláusulas de la póliza, en la que no son contratantes pero están en relación de consumo..."; Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007) (Sobrino ob. cit.).

No se puede tampoco (dando respuesta a los agravios de la aseguradora que relativiza el concepto de función social del contrato) desconocer que la función social del contrato provoca efectos expansivos sin las limitaciones que se encuentran en los negocios jurídicos paritarios. Ente aspecto Sobrino trae la cita de insignes profesores del derecho del Seguro: "HALPERIN, Isaac (actualizado por Juan Carlos Félix Morandi); Seguros (Exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091), quien desde el mismísimo "Prólogo de la Primera Edición" de su obra, resalta la importancia de la "función social del seguro", al afirmar que "...las nuevas normas se toman como punto de partida de una nueva evolución, fundada en un acentuado criterio de función social del Seguro...", página IX, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983.); (Sobrino, obra citada).

Piedecabras afirma que "...en principio y como punto de partida, podemos señalar que el consumidor de seguros encuadra sin ningún problema dentro del concepto que trae la ley 24.240..."; agregando luego que el concepto de consumidor de seguros "...permite comprender tanto al



tomador, como al asegurado, al beneficiario y al damnificado..." (Piedecabras, Miguel; "El Consumidor de Seguros", publicado en 'Defensa del Consumidor', bajo la Dirección de Ricardo Luis Lorenzetti y Gustavo Juan Schotz, páginas 343/344, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2003.). Entre la doctrina especializada que da cuenta de las nuevas soluciones y que comparto porque en todo caso no estamos dando respuestas a contratos paritarios y si a negocios jurídicos masificados que se explican desde una relación de consumo. (Sobrino, Waldo; Consumidores de Seguros, Acápite II.5.2.3. "Franquicias en los seguros obligatorios de Transporte Público", página 337, Editorial La Ley, Buenos Aires, Noviembre de 2009; Sobrino, Waldo; "Consumidores de Seguros y la inoponibilidad de la Franquicia: ¿ el inicio de una historia ?", publicado en el Diario 'La Ley', de fecha 14 de Mayo de 2009; (18) Sobrino, Waldo; "La inoponibilidad de la franquicia de los seguros obligatorios", publicado en el Diario 'La Ley', de fecha 24 de Julio de 2008; (19) Sobrino, Waldo; Consumidores de Seguros, Acápite III.9 "Art. 114: Culpa Grave: Inoponibilidad", página 543, Editorial La Ley, Buenos Aires, Noviembre de 2009.)

La función social del contrato de seguro explica a aquella corriente de doctrina que ha insistido en que la culpa grave no es oponible a la víctima de un accidente de tránsito, aplicación que se debe aplicar al contrato de enseñanza. (En este aspecto: Sobrino, Waldo; "La 'Culpa Grave' y su oponibilidad a la víctima de un Accidente de Tránsito (sigue vigente el Fallo Plenario 'Mustafá c/Nuñez')", publicado en el Diario 'La Ley', página 1, de fecha 1º de Agosto de 1997.).

III. 5. D. El artículo 42 de la Constitución Nacional impone una reformulación del régimen de exclusión de cobertura impuestas en los contratos de adhesión y de consumo.

La protección de los intereses económicos de los consumidores tiene tutela constitucional. (Art. 42 CN).



Esta tutela se expande en todos los ámbitos de protección de la persona humana, sujeto vulnerable por el daño infringido en un ámbito donde se esperan conductas ejemplares que afiancen la formación del niño y aseguren su bienestar. No se espera que un estudiante experimente daños en la actividad escolar, todo lo contrario.

Ninguna cláusula del contrato de seguros, puede excluir o limitar la cobertura sin un fundamento razonable – que debe explicar el asegurador por aplicación del principio de las cargas dinámicas. Suponer lo contrario derivaría en una frustración de la finalidad social del seguro obligatorio.

La función social del contrato tiene sustento constitucional. Se relaciona con la inclusión social mediante la concertación de contratos que den respuestas sociales y económicas a clases, categorías y grupos de personas.

Respecto del diálogo de fuentes, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha señalado: “Al momento en que los jueces deben decidir, se impone una interpretación sistemática del material normativo y un necesario "diálogo de fuentes". Dentro de las distintas técnicas y argumentos interpretativos heterogéneos que pueden calificarse como interpretación sistemática, uno de los modos típicos consiste en hacer referencia a la situación de la disposición normativa (el argumento de la *sedes materiae*); junto a éste estimo de primordial importancia el argumento de la coherencia, al que se suma el concepto amplio de inconsistencia, antinomia o incompatibilidad que perturbe la unidad del sistema jurídico.” (SCBA LP C 119253 S 29/11/2017 “Camderros, Lidia Marta y otros contra Francés Administradora de Inversiones S.A. y otros. Daños y perjuicios”, JUBA B4203491); “Interpretar el texto legal para encontrarle una significación compatible con el bloque constitucional a la luz de un necesario diálogo de fuentes, no es ya una mera opción para el juez sino un imperativo constitucional y convencional.” (SCBA LP C 119616 S 05/04/2017 “Álvarez,



Carlos Alberto contra Estancia El Alba S.A. Daños y perjuicios. Incumplimiento contractual” JUBA B4203054)

El intérprete cuando aplica la ley no puede dejar de advertir, que si su origen fue en una época donde el derecho de los contratos tenía su mayor sustento en la libertad contractual (época de primera generación de derechos), ese concepto individualista se fue rezagando mediante aperturas a nuevas categorías de derechos con la impronta de la solidaridad, la prevención del daño y la tutela de los débiles contractuales.

No se trata solamente de un derecho que se vuelve lírico. Es la persona humana, no es solamente quien firma un contrato de adhesión.

Los intereses económicos del consumidor tienen tutela constitucional y afianzan con mayor ímpetu el inveterado derecho de propiedad. El trato digno, equitativo y no discriminatorio son como el fruto abundante de un árbol cuya sombra sigue las cadencias de las soluciones justas.

Estamos viviendo la época del Estado de Derecho Constitucional. La relación de consumo (Art. 42 CN) y la legislación del consumidor, imponen una mirada actualizada de la legislación que es anterior a la entrada en vigencia de la ley 24.240 (1993) y de la reforma constitucional de 1994, verdaderas motivaciones para la consolidación del derecho privado constitucionalizado, principio superlativo del Código Civil y Comercial de La Nación. Aplicar en forma férrea un texto legal, con aislamiento de la intemperie resulta inconciliable con las garantías constitucionales en la relación de consumo. La protección económica de los consumidores puede ser una quimera cuando una cuestión de consumo se resuelve exclusivamente mediante la aplicación de una ley de otra época. La función integradora de leyes especiales y los nuevos principios y valores jurídicos, no deben guiarnos a darles prevalencia a la legislación de primera categoría de derechos o a las estructuras en torno a figuras paritarias.



No puede soslayarse el orden público contractual que caracteriza a la legislación de consumo (Art. 65 Ley 24.240) y que en origen ya venía destacando la Ley de Seguros (Art. 158).

He señalado con anterioridad: “El criterio afianzado en la jurisprudencia indica que en caso de duda sobre el alcance de la cobertura de la póliza de seguros corresponde interpretar que subsiste la obligación del asegurador. Debe tenerse en cuenta que el contrato de seguros es de adhesión a condiciones generales y además comprende una típica relación de consumo entre el asegurado y la compañía de seguros, de modo que rige el principio, en la duda, a favor del consumidor. (Resultan aplicables entre otras disposiciones los artículos 3 y 37 (cláusulas abusivas) de la ley 24.240). En efecto, no debe olvidarse que dispone el Art. 37 inc. c): “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorables para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”. (“GONZALEZ FRANCISCO ANTONIO Y OTRO/A C/ SEGUROS BERNARDINO RIVADAVIA COOPERATIVA LTDA S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES/COMERCIALES” Expte. N ° LM-3291-2016 RSD 4 sentencia del 8/2/2022)

En “González” también señalé: “Si nos detenemos en el umbral donde están escritos los magnos textos, es decir sin avanzar hasta alcanzar su predicamento, las palabras no se liberarán jamás de aquella sustancia de las contiene.”

También he señalado: “Si los textos literales fueran en todos los casos, verdades absolutas, difícilmente podríamos comprender el derecho de propiedad que lleva ínsito el contrato, con mayor razón cuando además cumple una función social.” (conf. causa Gonzalez cit.)

III. 5.E. La conducta de la aseguradora. La cláusula del no seguro es confusa y ambigua.

He señalado en “González” “El derecho de consumo tiene valores éticos y se basa en principios de equidad y solidaridad. El ejercicio



del derecho, a mi entender, se ha tornado abusivo. (...) La doctrina moderna y evolutiva, atenta a la intemperie del día a día, observa que, así como es necesaria la causa en las obligaciones, desobligarse sin causa tampoco tiene justificación en un concierto jurídico donde prevalecen enfáticas garantías constitucionales. (Art. 42 CN). La operatividad de una garantía constitucional requiere una interpretación basada en el diálogo de fuentes y en esa ciclópea tarea, no exenta de dificultades, viene útil el ensamble de las distintas disposiciones de la Ley de Seguros con la aplicación rigurosa (El rigor ya no es para aplicar la ley ordinaria y específica) del orden público contractual. Debe ser interpretada también en función de los artículos 36 y 158 de la misma ley. Debe considerarse que las causales de caducidad por incumplimiento de las cargas deben ser aplicadas con criterio restrictivo. En caso de duda deben interpretarse a favor del consumidor. “

Nos preguntamos en este contexto tan particular de seguro escolar obligatorio donde la víctima es un niño que emprendía sus primeros procesos evolutivos y que fue víctima de un hecho aberrante (hay condena penal firme), cuál es la razón o causa para pretender la exclusión de cobertura de hechos que lamentablemente adquieren cierta frecuencia y que de ello dan cuenta las noticias. ¿Cuál es la razonabilidad de esta interpretación de la exclusión de cobertura?

La aseguradora refiere que el siniestro “se haya excluido de cobertura porque los perjuicios sufridos por el menor L.R.A.R fueron ocasionados por abuso sexual producido por la asegurada de acuerdo a la CAUSA PENAL 306/11 caratulada “M.M.R S/ ABUSO SEXUAL”, en trámite por ante el Juzgado Correccional nro. 2 del Dto. Judicial de La Matanza” (Ver fs.,. 265 vta).

También transcribe la CLÁUSULA EXCLUSIONES pág. 2 de la Póliza nro. 36587 que establece que “El asegurador no indemnizará la responsabilidad civil del asegurado que emerja de reclamos derivados de acoso sexual, abuso deshonesto...” (Ver fs. 265 vta).



La cláusula refiere “acoso sexual” y “abuso deshonesto” y no “abuso sexual” como ha sido calificado el hecho penalmente y condenado al imputado.

A la época de emisión de la póliza (26 de noviembre de 2011), el lenguaje de la cláusula, sin perjuicio que resulta confusa y ambigua, no se condice con ninguno de los tipos penales entonces en vigencia. Ello con prescindencia a la calificación penal de cada hecho relacionado con el ultraje sexual de las personas.

No es lo mismo “abuso sexual” que “acoso sexual” o “abuso deshonesto.” Se advierte, desde la lectura de la cláusula que no se excluyen hechos que pudieran quedar comprendidos bajo la denominación de delitos contra la integridad sexual y que la conducta desplegada por el docente es mucho más grave que aquellas comprendidas en la cláusula donde se refiere a “reclamos derivados de acoso sexual, abuso deshonesto”, de modo que siguiendo el texto literal y el principio de interpretación del contrato a favor de la persona vulnerable (Consumidor, niño, víctima), no resulta razonable argumentar causas de exclusión de cobertura cuando el hecho ha sido calificado penalmente como abuso sexual.

Bien ha señalado la codemandada D.J.S al contestar traslado de excepciones planteadas por la aseguradora “Provincia Seguros S. A. “, “Es así que el TIPO DELICTURAL que estipula la causa penal es ABUSO SEXUAL y NO ABUSO DESHONESTO”. (El subrayado y destacado pertenece a la codemandada). (Ver fs. 281).

El lego con un diccionario en la mano va a interpretar que el asegurador no ha promovido ninguna la exclusión de cobertura basada en un hecho tipificado como abuso sexual. No puede equiparse esa figura con el acoso sexual y el abuso deshonesto, sin perjuicio que en cada caso estamos ante conductas gravísimas y aberrantes.

En todo caso el asegurador no ha sido certero en cuanto a la determinación de los delitos sexuales y ha generalizado en una expresión que puntualmente no comprende la figura tipificada por el señor juez en lo



penal. Ello sin perjuicio del carácter abusivo que tiene la cláusula si se la valora desde su texto literal.

El niño ha sufrido un daño grave que perjudica sus procesos evolutivos. Estigmatiza y afecta su desarrollo personal en los diversos aspectos de su cotidianidad.

No es posible mediante una interpretación sobre la letra inerte en un texto literal, argumentar sobre un supuesto de no seguro, cuando el daño tiene otra calificación y otras repercusiones.

Al fin y al cabo, el seguro también es una oportunidad para el brote de dinamismos compatibles con un contexto social determinado.

La solución razonablemente fundada ha indicado los supuestos de cláusulas abusivas. En la cláusula no se alude a Delitos contra la integridad sexual.

Es como si el asegurador dijera que va a dar cobertura a una caída en el patio del colegio y no cuando el niño cae desde los escalones de una escalera.

Esta disquisición ya la había formulado la codemandada D.J.S al contestar la excepción planteada por la aseguradora. La actora vuelve sobre el debate en sus agravios.

Si bien la cláusula debe interpretarse siguiendo su texto literal y el uso corriente dado a cada palabra en su redacción, al ceñir el alcance también tienen trascendencia los principios de interpretación por la liberación del deudor y a favor del consumidor. Darle a la cláusula de eximición de cobertura un alcance general que pueda comprender a todos los supuestos – en el caso concreto relacionados con los delitos contra la integridad sexual-, cuando de su lectura se advierte que se ha limitado la eximente al acoso sexual y al abuso deshonesto -, figuras que sin perjuicio de sus efectos legales, no encuadran en el hecho dañoso. En consecuencia, la controvertida causa, sin perjuicio de resultar incompatible con el seguro de responsabilidad civil, no resulta aplicable en el caso concreto.



El proveedor de seguros debe probar la justificación y alcance de la cláusula para excluir determinados hechos de la cobertura. La cláusula ambigua impide al lego acceder a la información necesaria para comprender su alcance. El texto literal no alude a “abuso sexual” que ha sido el delito comprobado y no corresponde comprender a ese hecho aberrante en conceptos generales como el acoso sexual, el abuso deshonesto y la discriminación, términos empleados en la cláusula controvertida. El profano sabe que el delito cometido excede los conceptos indicados. El hecho traumático queda comprendido dentro de los delitos contra la integridad sexual, bastando para ello repasar los fundamentos de la sentencia penal. El abuso sexual simple debe ser diferenciado del acoso sexual, el abuso deshonesto y de cualquier forma de discriminación.

Es correcto el planteo que ha formulado la actora, primero al contestar la excepción de falta de cobertura formulada por la aseguradora, y después en los agravios.

En este aspecto, entiendo, que por tratarse de un contrato de adhesión, en el contexto de una relación de consumo y además de un seguro obligatorio, no debe agravarse la situación del consumidor obligándolo a producir pruebas sobre el alcance de cada cláusula del contrato.

En efecto, la controvertida cláusula contiene un lenguaje ya desplazado por la actual tipificación de los ahora llamados delitos contra la integridad sexual. (TITULO III DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL (Rúbrica del Título sustituida por art. 1° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)(Nota Infoleg: Capítulo I y su rúbrica: Adulterio, derogados por art. 3° de la Ley N° 24.453 B.O. 7/3/1995)

III.5. F. Las compañías de seguro deben adecuar sus pólizas a los principios del derecho privado constitucionalizado y de la constitucionalización de daños.



Los principios del derecho privado constitucionalizado y de la constitucionalización de daños, a mi entender, resultan una fuente inspirativa para los seguros obligatorios del ámbito educativo.

Es necesario adecuar el contrato de seguro al principio de la relación de consumo (Art. 42 CN) y en este aspecto las cláusulas predisuestas y autosuficientes deben poseer una redacción clara, precisa y fácilmente legible (Art. 985 Código Civil y Comercial de La Nación).

El artículo 42 de la Constitución Nacional constituye un principio señero: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.”

“Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.”

“La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

El artículo 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, establece: “Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz.”

“La Provincia proveerá a la educación para el consumo, al establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos y promoverá la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores.”



Si bien es cierto que el contrato de seguro es anterior a la entrada en vigencia del CCC, ya por entonces, era necesario adecuar la contratación en general y del seguro en particular al artículo 42 de la CN.

De modo que en la época del derecho privado constitucionalizado (1993 y 1994 como puntos de partida de su recepción legislativa, doctrinaria y jurisprudencial), se empezaron a trazar nuevos lineamientos con base constitucional que exigían adecuar la cobertura del seguro a los nuevos principios que dan sustento a la relación de consumo, al trato digno y equitativo y a la protección de los intereses económicos de los consumidores. (Art. 42 CN).

Resulta aplicable: "No existe fundamento normativo ni dogmático para que, en el estado actual de la materia (e incluso al amparo de la legislación vigente en abril de 2012), se pretenda ceñir la aplicación de la Ley 24.240 a la sola existencia de un contrato de consumo, lo que conlleva "una autolimitación injustificada de naturaleza subjetivista" que puede y debe ser superada a la hora de determinar el punto de inicio que justifica la tutela consumeril. En la relación de consumo no solo se incluye como sujetos al consumidor contratante sino también consumidores no contratantes, categoría en la que queda comprendido el usuario que no contrata, como ocurre con los invitados, un tercero o un familiar."(CC0102 MP 171893 129-S S 31/05/2022 "MAGLIONE PAULO Y OTRO C/ FARMA WORKS SCS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR AFECTACIÓN A LA DIGNIDAD B5081345 JUBA)

Se ha señalado: "Para el régimen anterior y con relación a la ley 24240 son consumidores y usuarios: "i) quien "sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final ."; de este modo alude al denominado usuario no contratante. En tal caso el consumidor contratante puede adquirir para sí, o bien para el uso de su grupo familiar o social; siendo los integrantes de este grupo quienes ahora tienen legitimación expresa para reclamar como consumidores o usuarios no contratantes.



Desde la perspectiva del consumidor contratante, bien cabe denominarlo al supuesto en análisis como consumidor fáctico. ii) en el segundo supuesto, la norma expresa: "se considera consumidor o usuario a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo". Se trata de quien sufre consecuencias a partir de la relación de consumo ajena, y como tal alcanza y encubre al supuesto anterior". Es el denominado bystander, categorizado como 'tercero consumidor'. "(CC0002 AZ 62827 85 S 05/06/2018 Juez GALDOS (SD) Carátula: Barcelonna, María Paula y otro/a c/. Naldo Lombardi S.A. y otro/a s/. Daños y Perj. Incump. Contractual (Exc. Estado) B5050266 JUBA)

La aplicación de los principios expuestos en los sucesivos puntos que anteceden, proyectan nuevas legitimaciones y en este aspecto tiene razón la actora en cuanto cuestiona como abusiva la cláusula del contrato de seguro que delimita el riesgo asumido.

III. 6. La solución en el caso concreto a la luz del derecho privado constitucionalizado. Reiterando conceptos.

Legislaciones más recientes como la uruguaya, determina que la ley de seguros es de orden público (Art. 1º). (Con fecha 8 de noviembre de 2018 se publicó en el Diario Oficial, la Ley Nro. 19.678) La antigua ley nacional propia de la época de los actos de comercio y un presumido equilibrio entre acreedores y deudores, con excepción del artículo 158, muestra una estructura que cuesta compatibilizarla con el artículo 42 de la Constitución Nacional y las disposiciones del derecho privado constitucionalizado.

En este contexto, la tarea del intérprete es aplicar la Constitución. No hay tarea más ardua que deshojar viejas leyes para que la nueva savia que el dialogo de fuentes vierte, impida que se conviertan en malezas.



Reitero que el orden público contractual flexibiliza el principio de congruencia y determina que las cuestiones implícitas se valoren al fragor del principio de las cargas probatorias dinámicas. Los hechos que se infieren son hechos que se cuentan.

Voy a reiterar que el contrato de seguro es de buena fe y confianza. “Desde hace algunas décadas tiene fuerte predicamento en nuestra jurisprudencia, la doctrina de los actos propios o propios actos. Se daña la confianza que constituye concepto básico del comportamiento humano y su relevancia jurídica. El Código Civil y Comercial de La Nación en el artículo 1067 prescribe: “Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”. Esta regla de interpretación es más intensa cuando se aplica a los contratos de consumo, donde el hacedor del contrato ha previsto cláusulas que favorecen su posición dominante. (Doct. Arts. 1198 Código Civil; Arts. 3, 36 y 37 Ley 24.240; Arts. 9, 729 y 961 Código Civil y Comercial de La Nación).”

La autonomía de la voluntad (Art. 1197 CC) se mantenía igual que una llama ardiente. Sin embargo, esa libertad contractual no cerraba puertas al actuar oficioso de los jueces. En ese largo camino, si bien sinuoso como toda senda que se va modificando, se fueron encontrando certezas para resolver el problema que planteaban el ejercicio irregular de los derechos o las cláusulas abusivas.

Entiendo que ha mediado en el caso concreto una cláusula ambigua que no consulta la actual legislación penal en cuanto a la tipificación de delitos sexuales y que resulta contraria al deber de indemnidad que debe proveer un seguro de responsabilidad civil cuyo carácter es obligatorio en el ámbito educativo. (Art. 1117 segundo párrafo Código Civil, vigente a la época de los hechos. Esta exigencia legal se mantiene en la legislación actual.



Ello sin perjuicio que, en el contexto del caso no resulta oponible al consumidor la cláusula que declina cobertura. El orden público contractual (Arts. 158 LS y 65 Ley 24.240), sin perjuicio de las revelaciones del caso concreto en cuanto a que no se advierte por aplicación del principio de las cargas dinámicas, la procedencia de un supuesto de no seguro. Sostener lo contrario es habilitar al asegurador discrecionalidad absoluta para limitar la cobertura sin demostrar el perjuicio que le pudiera provocar en cuanto al costo económico del seguro, mantener indemne al asegurado por hechos sucedidos en el establecimiento educativo.

En consecuencia, por aplicación del artículo 42 de la Constitución Nacional que preserva los intereses económicos de los consumidores en una relación de consumo no pueden oponerse al consumidor los efectos de la cláusula controvertida.

Esta solución – insisto – viene vertebrada en un mandato constitucional explícito y ordenador de textos ordinarios. El asegurador no puede desobligarse sin causa porque en una relación de consumo, el proponente carece del albedrío que se ambienta en los contratos paritarios.

Por otra parte, rige plenamente en el caso concreto un principio inveterado que se torna más audible en las relaciones de consumo y que sustenta que en la duda se libera al deudor. En este proceso evolutivo, los contratos, en caso de duda, deben interpretarse a favor del consumidor.

Corresponde declarar abusiva, en el caso concreto, la cláusula de exclusión de cobertura que ha sido invocada por la aseguradora para plantear la falta de legitimación pasiva para obrar. (Arts. 42 Constitución Nacional y 38 Constitución de la Provincia de Buenos Aires), (Arts. 37 y 65 Ley 24.240). (Arts. 984 a 989; 1092 a 1095), 1096 a 1099), 1100 a 1103 y 1117 a 1122 del Código Civil y Comercial de La Nación).

En consecuencia, propongo admitir los agravios expresados por la parte actora y revocar la sentencia apelada en cuanto admite la falta de legitimación pasiva de la aseguradora, que ha de responder en los límites

de cobertura contratado, con la adecuación que se determinará más adelante.

IV. La indemnización

IV. 1. Daño psíquico y tratamiento psicológico de L.R.A.R

El señor juez de grado cuantifica el rubro, a valores actuales en la suma de \$ 350.000. La parte actora consiente la cuantificación del rubro. El codemandado R.M.M se agravia, afirmando que el perjuicio debe ser cierto y que debe ser probado.

Corresponde señalar que: “El rubro indemnizatorio por incapacidad psíquica, tiene una naturaleza diferenciada de las demás minusvalías representando el daño psíquico una modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, etc. Por lo que resulta claro que no se lo debe vincular con la existencia o magnitud de las secuelas físicas producidas por un evento como el de autos.” (OBS. DEL SUMARIO: Tramitó en la SCJBA bajo el número 107.423 CC0001 LZ 64134 rsd-131-8 s 29-4-2008, “Díaz Manuel Sebastián C/ Dirección De Educación Media Técnica Y Agraria S/ Daños Y Perjuicios” b2551131 JUBA).

Interesa puntualizar que, quien ha sido mi colega de Sala, el Dr. Alonso ha expresado con sólidos fundamentos que: “La incapacidad sobreviniente abarca todo menoscabo en la vida, la salud e integridad o armonía física o psíquica de la persona humana, por lo que el daño debe ser resarcido por tratarse de una disminución de la capacidad vital, aún en los casos en que esa merma o deterioro físico no dificulte la realización de tarea alguna”. (El subrayado pertenece al Dr. Alonso en la causa “Rocca, Darío Fabián c/ La Vecinal de La Matanza Sociedad Comercial e Industrial de Microómnibus y Otros s/ Daños y Perjuicios”, Causa N° 885/1, RSD N° 64 FOLIO N° 428 del 9 de agosto de 2007; (Conf mi voto en “Ruiz, Claudia



Natalia y Otro c/ Miglia Vacca, Norberto Jorge y Otro s/ Daños y Perjuicios”, Expte. N° 1889/1, R. S. D. N° 120/10, del 30 de noviembre de 2010).

Tampoco corresponde considerar a éste tipo de daño como un rubro autónomo al definir con certeza nuestra doctrina que no existe un tercer género de daños. La cuantificación por separado que puede formularse, no significa dotar de autonomía al daño psicológico y su consideración debe conformarse con el daño físico al resultar tal concepto de la integración al llamado daño a la salud que comprende el daño psicofísico. En todo caso la perturbación a la psique podrá ser fuente de daños de índole material o moral.

Reitero que el daño psicológico tiene incidencia en la disminución de la incapacidad psicofísica de la persona, por lo que la respuesta indemnizatoria no debe ser idéntica para todos los individuos, quienes evolucionan desde ámbitos diferentes y carecen de sinonimia. La condición social, la proyección de la persona en los diversos escenarios, sus proyectos y realizaciones, su sexo y edad, grado de incapacidad psicofísica y repercusiones en sus distintas actividades, constituyen entre otras pautas, la razonabilidad de la cuantificación del daño.

En efecto, la jurisprudencia ha expresado: “El daño psíquico indemniza el daño existente al momento de realizarle el examen pericial, es decir, que se trata de un daño cierto y efectivo al momento del análisis; mientras que el tratamiento tiene como finalidad evitar un mayor daño o aún más; intenta en muchos casos corregir el mismo con resultado aleatorio. En virtud de ello ambos ítems no son excluyentes”. (CNCivil, Sala J, 10/8/98, “Grancharoff, Silvina c/ Orellana, Héctor D. y otro s/ Daños y Perjuicios”, citado por H. Daray, op.cit., pág. 84, sum.102).

En idéntico sentido se expresó: “El hecho de que se haya concedido una suma por daño psicológico no es obstáculo para que se otorgue otra para el tratamiento psicoterapéutico dado que no se produce una duplicación de la indemnización que suple la minoración. El tratamiento apunta a evitar el empeoramiento de unos estados psicológicos de



gravedad, y en todo caso a conseguir un progreso en la salud, pero no a recuperarla totalmente”. (C.N.Civ., Sala B, 15/9/99, “Bartumeus, José y otro c/ Rigo, Roberto H. y otro s/ Daños y Perjuicios”. (H. Daray, op.cit., pág. 15).

Afirma el señor juez de grado: “El informe elaborado el 08/11/2010 en las actuaciones penales por el Sr. Perito Psicólogo del CTA de La Matanza, Lic. Julio Pablo Cegarra, ya ilustra acerca de “la sostenida negativa del niño a referirse explícitamente sobre el hecho pesquizado”, por lo cual entendió que: “no se encuentra en condiciones psíquicas de formular su relato”, desaconsejando finalmente, “la utilización del dispositivo de la cámara Gesell o cualquier otra técnica que desestime la expresa voluntad de L.R.A.R” (v. fo. 191/4).”

“La Sra. Perito Psicóloga de parte del particular damnificado, Lic. Elsa Crespo, no obstante, más allá de poner de manifiesto la imposibilidad de deliberar sobre el material obtenido, ni de realizar un intercambio de opiniones con el profesional oficial para el consiguiente informe final, el 18/11/2010 determinó que “L ha vivido un evento traumático que supuso un miedo intenso, sensación de falta de ayuda y de horror. La situación traumática ha sido y es reexperimentada en pesadillas y episodios de flash back. El niño realiza grandes esfuerzos para evitar los pensamientos, sensaciones y conversaciones relacionadas con el trauma. El niño presenta un Trastorno por estrés postraumático crónico. [...]” (v. fo. 196/8).” (Ver sentencia apelada).

“Dichos elementos, más el informe del Centro de Atención de Víctimas de la Policía Federal arriba citado y la expresa conformidad prestada en estas actuaciones por la Sra. Representante del Ministerio Pupilar, condujeron al Suscripto, el 24/10/2017, a disponer la prescindencia de un informe pericial por un perito psicólogo de lista u oficio en la persona del menor de edad (v. fs. 337/8vta.).” (Ver sentencia apelada).

“En el interín, el informe de la terapeuta a cargo del tratamiento del niño L.R.A.R, Psicóloga Leticia G. Torres, del 22/06/2016, dio cuenta de que el mismo se extendió desde el mes de abril de 2012 hasta el mes de



octubre de 2013, con la salvedad de las suspensiones por vacaciones y licencia (v. fs. 357/vta.)” (Ver sentencia apelada).

“A más del cuadro y sintomatología que puso de relieve, concluyó que: “El pronóstico era bueno, el tratamiento sugería una frecuencia semanal, la adhesión al tratamiento fue buena. Sus miedos intensos duraron hasta los ocho años de edad aproximadamente, aunque ha habido algunas recaídas. La terapia utilizada cognitivo conductual, trabajando intensamente con la madre para lograr avances”. (Ver sentencia apelada).

El distinguido colega del fuero, en tiende que está probado el daño psíquico. “Si bien el daño psíquico, además de la prueba de su calidad y cantidad, requiere para ser resarcido la acreditación del grado de menoscabo en la mente con especificación de la posibilidad de recuperación, en las especiales circunstancias del caso, igualmente se impone conceder a la víctima del delito de abuso sexual una indemnización debido al traumático episodio vivenciado por provenir de un sujeto que integraba como docente el I.M.M, al cual sus progenitores confiaron el cuidado y formación.”

“No se alza en contra de ello, su corta edad, ni la circunstancia de no haber exhibido recuerdos sobre el particular en la audiencia presencial llevada adelante ante el Suscripto y la Sra. Asesora de Menores interviniente (v. acta del 02/11/2021).” (Ver sentencia apelada)

El distinguido colega del fuero afirma: “De allí, que la falta de determinación en autos de un porcentual estimado de minusvalía psíquica, en modo alguno obsta asignar la cuantía indemnizatoria, lo que así anticipo.”

“En este supuesto, más allá que las estimaciones económicas resultan dificultosas, cuadra computar que L.R.A.R, es actualmente de estado civil soltero, tiene 17 años (contaba con 4 años al momento del hecho), con escolaridad secundaria y las demás condiciones sociales y económicas que surgen del beneficio de litigar sin gastos promovido por sus progenitores que tengo a la vista.”



Devienen firme a esta Alzada las pautas utilizadas por el juez de grado para cuantificar el rubro. El apelante R.M.M no ha formulado una crítica concreta y razonada de los fundamentos del fallo apelado que admite y cuantifica el rubro. La mera disconformidad del apelante, sin demostración del error que se atribuye al intérprete, resulta insuficiente para controvertir los fundamentos del fallo apelado. Propongo se desestime el agravio expresado por el codemandado R.M.M. Doct. Arts. 260, 261 CPCC).

IV. 2. Daño psíquico y tratamiento psicológico de R.D.A y M.E.R.

El señor juez de grado, establece la cuantificación del rubro en las sumas de \$ 400.000 y \$800.000, a valores actuales, a favor de R.D.A y M.E.R y por tratamiento psicológico las sumas de \$57.600 y \$76.800, respectivamente. La parte actora consiente la cuantificación del rubro. El codemandado R.M.M se agravia, afirmando que el perjuicio debe ser cierto y que debe ser probado.

Afirma el distinguido colega del fuero: “La Sra. Perito Psicóloga de lista u oficio, Lic. Edith Mariana Segura, determinó que: “Entrevistado 1 El actor presenta afección psicológica, ha padecido y padece la situación de abuso sexual ocurrida a su hijo L, siendo en la medida de sus posibilidades sostén de su mujer, afectando su estado de ánimo que presenta características depresivas. Presentando un cuadro de Reacción Vivencial Anormal Neurótica con manifestación depresiva en grado II del 10%. Entrevistado 2 La Sra. M.R de acuerdo, a las pruebas administradas y por las entrevistas realizadas se analiza que ha padecido y aún padece un cuadro de reacción vivencial anormal neurótica fóbica grado III del 20%. La misma se caracteriza por la acentuación de los rasgos de personalidad de base; acentuó sus temores y precauciones, esas manifestaciones la hicieron más precavida y sobreprotectora con su hijo, retardando su independencia en lo social. Aún se angustia con facilidad y recuerda el hecho como su fuera



actual. Requiere realizar tratamiento psicológico. [...] Entrevistado 1 Los padecimientos y sufrimientos, el estado de ánimo depresivo, fueron como consecuencia del abuso sexual cometido a su hijo L. Entrevistado 2 El abuso sexual sufrido por su hijo L afectó a la actora, es la consecuencia del estado actual; el hecho impactó de manera tal que sufrió menoscabo en su personalidad y en su bienestar psicológico. [...] Entrevistado 1 Requiere tratamiento psicológico de 72 sesiones una vez por semana los costos aproximados son de \$800 la sesión. Entrevistado 2 Es necesario que realice nuevamente tratamiento psicológico, ya que el mismo lo suspendió por falta de recursos. Los honorarios de un tratamiento psicológico de una vez por semana son de aproximadamente \$800. El tiempo estimado de tratamiento son de 96 sesiones [...]” (v. escr. electrón. del 03/04/2019).” (Ver sentencia apelada).

El señor juez de grado valora la pericia y las explicaciones, interpretando que están suficientemente fundadas. “Con fecha 26/04/2019 luce una solicitud de explicaciones de la citada en garantía Provincia Seguros S.A., las que fueran respondidas por la experta a través de su presentación electrónica del 29/09/2019.” (Ver sentencia apelada).

También afirma: “Un planteo impugnativo de la aseguradora sobrevino el 19/11/2019.”

“Debe decirse que, en rigor de verdad, no le han sido opuestas razones de peso que conlleven al apartamiento de las conclusiones iniciales y de las complementarias.”

El señor juez de grado determina las pautas aplicables para cuantificar el rubro, las que devienen firmes a esta Alzada.

El apelante R.M.M no ha formulado una crítica concreta y razonada de los fundamentos del fallo apelado que admite y cuantifica el rubro. La mera disconformidad del apelante, sin demostración del error que se atribuye al intérprete, resulta insuficiente para controvertir los fundamentos del fallo apelado.



Propongo se desestime el agravio expresado por el codemandado Rodrigo Monzón Medina. (Doct. Arts. 260, 261 CPCC).

IV. 3 Daño Moral debido a L.R.A.R

Él señor juez de grado cuantifica el rubro daño moral a favor de L.R.A.R, a valores actuales, en la suma de \$ 200.000.

La codemandada D.J.S pareciera agravarse de la admisibilidad y cuantificación del rubro, forzándose la lectura del denominado séptimo agravio, donde no se advierte una explícita alusión a los fundamentos de la sentencia apelada o a las pautas determinadas para la cuantificación del daño moral.

La apelante se limita a citas abstractas que no se pueden relacionar con el daño moral determinado a favor de L.R.A.R. De modo que si se ha cuestionado la procedencia del rubro, debe decirse que ninguna crítica concreta y razonada ha expuesto la apelante para demostrar el error del intérprete para admitir y cuantificar el daño moral a favor de L.R.A.R. (Doct. Arts. 260, 261 CPCC).

Propongo desestimar el denominado 7º agravio formulado por la codemandada D.J.S.

El codemandado Rodrigo R.M.M se agravia, afirmando que la cuantificación del daño moral es elevada, limitándose a señalar que no hay elementos objetivos para la cuantificación del rubro y a mencionar jurisprudencia. El agravio no está fundado, es por ello que propongo su desestimación (Arts. 260, 261 CPCC).

IV. 4 Daño moral debido a los progenitores. La solicitud de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil.

El distinguido colega del fuero desestima el rubro, lo que causa agravio a los apelantes.



En primer término, se desestima el denominado 7º agravio de la codemandada D.J.S, por resultar abstracto con relación a las referencias que formula respecto del daño moral. La apelante ha señalado que se trata de un derecho personalísimo que solo puede otorgar acción a la víctima. En este aspecto, se reitera lo expuesto al tratar los agravios de la codemandada SOBAN, respecto al daño moral admitido a favor de L.R.A.R.

El agravio carece de sustento porque el distinguido colega del fuero ha desestimado el reclamo de los padres de la víctima.

Los progenitores de L.R.A.R, se agravan porque se ha desestimado el reclamo por daño moral que efectuaron por sus propios derechos.

Ha señalado el señor juez de grado: “Debo decir que, en el supuesto de autos, no corresponde que sea indemnizado el daño moral alegado, toda vez que quedó sin comprobación cierto grado de incapacidad psíquica en la víctima y, por otra parte, los pretendientes en modo alguno demostraron con prueba idónea la existencia de la afectación moral invocada en su demanda resarcitoria, por lo que se impone la desestimación del planteo de inconstitucionalidad e inaplicabilidad del art. 1078 del Código Civil (arts. 499 y concs. CC y 375, 384 y concs. CPCC).”

Si bien el distinguido colega del fuero ha explicado con respetables fundamentos el rechazo del planteo de inconstitucionalidad del artículo 1078 CC y la desestimación del daño moral solicitado por los padres de la víctima, entiendo que el caso concreto encuadra en aquellos supuestos donde no obstante la supervivencia de la víctima, el hecho traumático que ha experimentado y que no debe reducirse a supuesto de lesiones de extrema gravedad, justifica el daño moral también a favor de sus progenitores.

El distinguido colega del fuero ha aplicado la doctrina restrictiva, criterio que no comparto. Voy a seguir doctrina legal y jurisprudencia de esta Sala Primera. Por otra parte, se impone distinguir el daño psíquico del daño moral, de modo que en este aspecto tampoco voy a compartir el criterio expuesto en la sentencia apelada.



El daño “psíquico” no constituye una categoría autónoma. En todo caso la perturbación a la psique podrá ser fuente de daños de índole material o moral. (SCBA, Ac. 79.922 del 29-10-2003, “Domínguez, Francisco y otro c/ Junarsa S.A., Illescas, Néstor s/ Daños y Perjuicios”, B26968 JUBA). De modo que el daño “psíquico” no constituye un rubro autónomo puesto que integra el extenso campo de las incapacidades, admitiéndose tan solo su cuantificación por separado para una mejor apreciación de su incidencia en la incapacidad psicofísica.

Ahora bien, la diferencia sustancial existente entre el daño psíquico y el daño moral radica fundamentalmente en que este último atiende lo más íntimo de los sufrimientos físicos, psíquicos y afectivos sufridos por los demandantes, teniendo en cuenta la gravedad del hecho dañoso y sin guardar relación con la cuantía otorgada ya que queda librado a un prudente arbitrio judicial. Respecto al daño psíquico, ya he expresado que resulta de una perturbación a la psique, siendo ello una eventual fuente de daños de índole material (daño psicológico) o moral.

He señalado con anterioridad: “Se ha propiciado históricamente y con coherencia en los diversos conciertos científicos desarrollados en el país como propuesta de lege ferenda la ampliación de la legitimación activa para reclamar daño moral. (II Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires 1991; III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa, 1991; XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 1993; IV Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1995).”

“La doctrina ha señalado: “Este alcance limitado – indiscutible de lege data , por los términos absolutos de la norma – es rechazado por un sector de la doctrina nacional, que propone, de lege ferenda, criterios más amplios, siempre para casos de muerte“. La “recomendación“ de las Jornadas de San Juan expresa sobre el particular: “Se aconseja ampliar en una futura reforma del Código Civil el ámbito de damnificados indirectos legitimados para reclamar la reparación del daño moral“. La suscriben



Bueres, Pizarro, Zavala de González, Chiapero de Bas, Junyent de Sandoval, Lloveras de Resk, Stiglitz. La tendencia, lo hemos recordado ya, tanto para el caso de muerte de la víctima del daño moral, como para el caso de un perjuicio moral en vida del damnificado, sin producir su deceso, es a favor de la ampliación de los legitimados“ (MOSSET ITURRASPE, Jorge: “Responsabilidad por daños“, Tomo V “El daño moral“, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe 1999 , págs. 249 y ss). Si bien el autorizado jurista recorre un frondoso camino que indica la evolución de la doctrina y de la legislación proyectada e inclusive reconoce una revisión de su propio pensamiento, lo cierto es que de todas las posiciones que se sintetizan, participo de la mas amplia cuyo sustento nos llega del derecho portugués donde expresamente se admite la legitimación de los hermanos sin particularizar sobre si estos convivían o no con la víctima al momento de su fallecimiento. En nuestra doctrina ha sido Brebbia cuya ponencia en las mencionadas Jornadas Sanjuaninas ha anoticiado a la comunidad jurídica respecto de proponer „Se declara la conveniencia de suprimir el segundo apartado del artículo 1078, reemplazándolo por una norma que permita a los herederos forzosos y, en ausencia de éstos, a los hermanos, reclamar la indemnización del daño moral sufrido por la víctima directa, sin restringir ese derecho al caso de la muerte de la víctima inmediata“. Mosset Iturraspe al respecto acota: “No caben dudas de la originalidad que significa incluir a los hermanos, al estilo del Código de Portugal, pero con la diferencia de que en aquél cuerpo sólo aparecen en defecto de los parientes de grado más próximo“ (ob. Cit., pág. 250). A mi modo de ver tampoco hay que ceñir la legitimación al recaudo previo de la convivencia del reclamante con la víctima, exigencia que contiene el Proyecto del Ejecutivo, decreto 468/92 cuando sin nombrar a los hermanos en cuanto a la legitimación en caso de muerte de la víctima hace referencia a al cónyuge, los descendientes, los ascendientes y las personas que convivían con ella al tiempo del hecho.”

“En efecto, a mi criterio, más importante que la convivencia efectiva es el afectuoso trato entre hermanos, especialmente en casos como



el presente donde está acreditado que la hermana convivía con la víctima y el hermano mayor le dispensaba trato de padre, integrándose a la familia sin perder los lazos solidarios. Esta relación fluida afianzada en la niñez de la víctima cuando huérfano de madre y ausente el padre fue cuidado por ambos hermanos.”

“De modo que en un sentido u en otro es prácticamente unánime la propuesta de ampliación de lege ferenda de la legitimación para accionar por daño moral a favor de los damnificados indirectos en casos de muerte de la víctima. Entiendo que la solución deberá expresar en cada caso el fundamento de una situación especial cuya valoración queda librada a la apreciación judicial. “

“Pizarro proclive a la reforma del artículo 1078 del Código Civil, si bien formula diversas críticas que atañen a soluciones integrales, he de hacer mérito exclusivamente en sus fundadas razones para legitimar a los hermanos en el supuesto de muerte de la víctima. El prestigioso autor expresa: „Tampoco es satisfactoria la solución propiciada en materia de legitimados activos indirectos por daño moral, cuando se produce la muerte de la víctima“.

“Como hemos visto, la fórmula utilizada (herederos forzosos) es ambigua y ha dado lugar a un todavía encendido debate en torno a sus alcances. Es, además, muy restrictiva pues excluye, por ejemplo, a los hermanos del muerto y a las personas que convivían con él, lo cual no condice con la estructura familiar argentina, ni con nuestra tradición. Legitimar activamente al bisabuelo por la muerte de su bisnieto, y negarla al hermano de la víctima es, cuando menos, absurdo“. (PIZARRO, Ramón Daniel: „Daño Moral“, Hammurabi, Buenos Aires 2000, pág.207) “GOMEZ, LUCIA BEATRIZ Y OTRO C/ TRANSPORTE IDEAL SAN JUSTO S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS“, Causa Nro 1235/1, RSD N° 7/08 sentencia del 19/02/2008)

También he señalado en el caso citado “¿Qué ocurre cuando la legislación vigente, en este caso el artículo 1078 del Código Civil no se



modifica y tal estatismo infringe principios constitucionales y se contrapone a la legislación supranacional e inclusive a la jurisprudencia que los tribunales internaciones han dictado?”

“La respuesta no se brinda en abstracto puesto que el interrogante siempre emana del caso concreto y en ese marco particular debe analizarse si se encuentran vulnerados principios de raigambre constitucional.”

“La pregonada doctrina a favor de una legitimación activa más amplia para reclamar daño moral ha llevado a propiciar la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil, alcanzando el carácter de doctrina legal al emanar de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.”

“La Suprema Corte Provincial con fecha 16 de mayo de 2007 declaró de oficio la inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil. En el caso se trataba del reclamo por derecho propio de los padres de un menor con gran discapacidad, supuesto excluido del texto formal del artículo en crisis.”

“Esta Sala Primera recientemente ha adherido a la edificante doctrina con un ilustrado voto del Dr. Taraborrelli. (Causa “Iglesias, María Elena c/ Nueva Chevallier S.A. y Otros s/ Daños y Perjuicios“, RS 43/07 del 7 de junio de 2007).”

En la causa citada ha señalado el Dr. Taraborrelli: “Que a los efectos de valorar y analizar la cuestionada norma legal del art. 1.078 del Cód. Civ. la misma fue sancionada por el legislador reformista del año 1968 a través del Decreto Ley 17.711, dentro de un marco familiar, social, económico, jurídico, político, religioso etc., imperante en esa época del país cuya norma jurídica se adoptaba o adecuaba a esos hechos y sucesos que transcurrían en ese pasado histórico con sus propias pautas culturales y los límites impuestos por las buenas costumbres y la moral de ese tiempo. Añã
damnificados indirectos si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima y que únicamente tendrán acción los herederos forzosos.”



“En cambio “de lege lata” el art. 29 del Código Penal dispone que la sentencia condenatoria podrá ordenar (...) la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familiar o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba. Aplicando el método de interpretación de la norma jurídica denominado auténtico: „histórico- evolutivo,, dentro de este orden de ideas, tiene una doble función que desempeñar: 1°) adaptarse ampliamente a las exigencias de carecer social y económico que la han hecho nacer; 2°) adaptarse igualmente a las exigencias del porvenir, sirviendo siempre de base para la satisfacción de las nuevas necesidades jurídicas derivadas de los cambios sociales y económicos. Para cumplir esta función, la interpretación debe recurrir a los elementos externos de la ley, a las costumbres, a las necesidades de la vida económica, a las concepciones morales y a las modificaciones de las relaciones sociales, todas las cuales como elementos de interpretación habrán de dar a los textos de la ley una nueva vida y nos conducirán a sacar de ellos principios y consecuencias que no se habían pensado. Los textos de la ley siguen así la evolución y la transformación de las necesidades sociales, culturales y económicas del país. ¿Acaso la concubina no está habilitada por el art. 29 del Cód. Penal a reclamar el daño moral causado por la pérdida de su compañero en un accidente de automotores?, lo contrario sería violar los derechos humanos incorporados a nuestra Constitución Nacional...”

“Con referencia concreta al fallo de la Suprema Corte, el distinguido colega destaca los fundamentos: “Ha sentenciado la S.C.J.B.A. por mayoría de fundamentos, llevando la voz del primer voto el Sr. Ministro Dr. Roncoroni, quien ha dicho: „...Dos normas, ambas del Código Civil, resuelven con distinto criterio la situación de los damnificados indirectos. El art. 1078, consagrando, en la esfera del daño moral, que los únicos que pueden reclamar su resarcimiento son los perjudicados directos. El art. 1079, esta vez en el ámbito del daño patrimonial, tematizando la legitimación de los damnificados indirectos. Bien señalan Bueres y Highton (conf. op. cit.,



pág. 181) que esta disparidad de tratamiento implica una desigualdad ante la ley y que por ello no debería superar con éxito el control de constitucionalidad (art. 16 de la Constitución nacional). Se trata en efecto de un caso de incompatibilidad material entre la norma inferior y la norma superior (art. 31 de la Constitución citada), al establecer la primera una diferenciación para la categoría de damnificados indirectos que no es razonable, pues si el daño es moral carecen ellos de la legitimación que sí se les concede cuando el daño sufrido es patrimonial (arts. 1078 y 1079 del Código Civil). La ley, tal como lo ha expresado la Corte Suprema, debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias (conf. C.S.J.N., "Fallos" 16:118; íd. 200:424; íd. 1198:112; íd. 312:826; íd. 200:428; cf. Quiroga Lavié, H. y otros, "Derecho Constitucional Argentino", Rubinzal Culzoni, 1ª. Edición, Buenos Aires, tomo I, pág. 376; Gelli, M. A., "Constitución de la Nación Argentina", La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 136; González, J. V., "Manual de la Constitución Argentina", La Ley, Buenos Aires, 2001, pág. 70), resultando arbitrario el criterio empleado al radicarse en la necesidad de evitar la proliferación de acciones que pudieran proponerse, cómo si ello pudiera ocurrir sólo cuando el daño es moral. La existencia de un daño cierto y la relación causal adecuada son, a mi entender suficientes, para poner coto al desmadre que se quiere evitar desconociendo legitimación activa en casos como el que nos ocupa y que se nos presenta como un supuesto de especial gravedad que no puede ser resuelto sin más bajo el principio restrictivo indicado (conf. Pizarro, Ramón D., "Daño moral", Hammurabi, Buenos Aires, 1996, págs. 212 213). El principal argumento utilizado para defender la norma en cuestión no tiene entidad de cara al reclamo axiológico que el conflicto mismo exige y que, en este caso, resulta de una patencia incontestable. Por otra parte, el criterio que propugno en este acuerdo en modo alguno habrá de constituirse en un portalón que facilite la cascada de reclamos indemnizatorios de damnificados indirectos. Las circunstancias del caso son lo suficientemente elocuentes para destacarlo en su singularidad, en particular, por el dolor real y profundo infligido a los progenitores como



consecuencia del daño irreparable ocasionado ilícitamente a su hijo. Además, de la prueba producida, fundamentalmente de las pericias realizadas a las que me referí, resulta probada la lesión cerebral irreversible que padece S. A. , lo que incidirá por siempre, sin solución de continuidad, en las afecciones más íntimas de quienes se encuentran en relación familiar más estrecha con él, sus progenitores. La certeza adquirida sobre el daño cuya reparación se pretende y la relación causal adecuada con el hecho, también incuestionable, me afirman en el convencimiento de que la norma del art. 1078 del Código Civil debe ser descalificada y que debe mantenerse la solución plasmada en la sentencia del a quo, en tanto concede la reparación del agravio moral sufrido por los padres de S. A. C. En consecuencia, juzgando que el art. 1078 del Código Civil es inconstitucional al confrontar materialmente con el art. 16 de la Constitución Nacional, según las motivaciones explicitadas en este voto, concluyo que no se verifican en el fallo las violaciones denunciadas..., (voto del Dr. Roncoroni, en el Ac. 2078, de fecha 16 de mayo de 2.007, de la S.C.J.B.A.).“

“La inconstitucionalidad del artículo 1.078 del Código Civil después fue declarada por la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de Mercedes. (“Acevedo, Hilda y otros c/ Hospital Municipal Mariano y Luciano De la Vega y otros s/ Daños y Perjuicios“, de fecha 12 de junio de 2007, publicado en Internet en el sitio del Colegio de Abogado de Mercedes).”

“En fecha muy reciente, también este criterio fue impuesto por la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata en los autos „Camargo, Mónica y Otro c/ Lima, Roberto y Otra s/ Daños y Perjuicios“, Expte. Nro. 1149, Folio Nro. 3588/3609, de fecha 26 de diciembre de 2007. “

Entiendo que el artículo 1078 en su redacción actual carece de dimensión para comprender la trascendencia de la familia actual cuyo concepto amplio fluye de las relaciones afectivas y solidarias sin que corresponda ceñirlas al estricto orden sucesorio. Desde tal constelación y en las particulares circunstancias del caso, los hermanos no deben ser



excluidos del ámbito de la legitimación activa para reclamar daño moral derivado de la muerte de la víctima. El otrora señero texto que al plasmarse en el código originario dio la impronta para la regulación del daño moral en contraste con las demás legislaciones que no lo comprendían, ha quedado sin respuesta actual a las diversas relaciones familiares.

“Desde otro horizonte – también crítico a la redacción restrictiva del artículo citado -, se ha expresado que no puede tergiversarse el significado restrictivo del artículo 1078 del Código Civil con auxilio de lo dispuesto en el artículo 1.079 del mismo ordenamiento legal, que confiere amplia legitimación a los damnificados indirectos. Se ha reflexionado al respecto que la primer disposición es específica en materia de daño moral y, por tal circunstancia, prevalece sobre otras genéricas o referidas a temas diversos. Tal conclusión fundamenta que el artículo 1.078 no puede ser compatibilizado con las demás reglas civiles sobre reparación de daños ciertos e injustos a favor de quienes lo acrediten. Tal cerrojo para esta doctrina solo se resuelve descalificando por inconstitucional al artículo 1078 del Código Civil, esencialmente porque confiere a los potenciales damnificados un tratamiento jurídico dispar. (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde: „Tratado de Derecho Resarcitorio/1. Indemnización del daño moral por muerte“, Editorial Juris, Santa Fe 2006, pág. 57).” (sentencia “Gomez” cit)

También he señalado en el caso “Gómez” citado: “La calificada autora añade: “Según lo normado en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, las acciones de los hombres que perjudiquen a un tercero están sometidas a la autoridad de los magistrados; en su virtud, los hechos que dañan injustamente son reprobados por el Derecho y deben generar consecuencias jurídicas“. (Ob. cit., pág. 81/82).”

“De modo que el diferenciado trato que en materia de legitimación conceden los artículos 1.078 y 1.079 del Código Civil al considerar a los damnificados resulta arbitraria y discriminatoria, afectando el derecho constitucional de igualdad de tratamiento de las víctimas (Artículo 16



Constitución Nacional), dándose prioridad de manera implícita e infundada a los intereses económicos sobre los espirituales. Esta discriminación subsiste en una época donde se concede un tratamiento amplio en materia de legitimación a los nuevos derechos y a los nuevos daños morales indirectos por lesiones a bienes y servicios materiales. En este contexto resulta injusto la restricción de la legitimación activa para reclamar daño moral, que perjudica a los damnificados por la muerte de una persona allegada.”

“Esta solución se compatibiliza con los nuevos aportes de la responsabilidad civil donde se analiza la indemnización desde una perspectiva constitucional. Pizarro ha estudiado la cuestión y en este aspecto con cita de jurisprudencia emblemática señala que „El derecho a la reparación del daño material o moral injustamente sufrido, ya había sido emplazado por la Corte Suprema, en numerosos fallos, como derecho constitucional (con todo lo que eso significa)“. (PIZARRO, Ramón Daniel: „Modernas fronteras de la responsabilidad civil: El derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional“, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) <http://www.acader.unc.edu.ar>). En “Aquino” – subraya el distinguido autor -, al declararse la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1 de la ley 24.557, la mayoría de la Corte ha expresado „1) El carácter constitucional del derecho a la reparación y el rango igualmente constitucional del principio alterum non laedere „que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana“. 2) Que la tutela de la dignidad humana se resiente gravemente en su dimensión constitucional frente a normas que sólo en apariencia brindan protección a los daños injustamente sufridos, a través de indemnizaciones menguadas, ínfimas o de otras formas de exclusión resarcitoria“. (Op. cit).”

“Coincido con Pizarro en las extendidas proyecciones de la sentencia mencionada, al consagrar un derecho a la reparación con jerarquía constitucional puesto que „Su aplicación conducirá a que las limitaciones indemnizatorias contenidas en diferentes normas especiales –



v.g. código aeronáutico, ley de navegación, etc – deban sortear en su aplicación al caso concreto, el test de constitucionalidad“.

“En cuanto al controvertido artículo 1078 del Código Civil resulta evidente que en su interpretación no puede prescindirse de la jurisprudencia proyectada desde los fallos de la Corte Suprema, asimilándose el control de constitucionalidad a los parámetros del caso concreto, desalojando del pensamiento una solución general o abstracta.” (sentencia “Gomez” cit)

“En épocas del reverdecer de las instituciones y con primacía del derecho constitucional, acompañamos también a Pizarro en cuanto sostiene que para valorar si la limitación contenida en el artículo 1.078 del Código Civil en materia de legitimación activa resulta compatible con la constitución nacional, resulta útil considerar la normativa vigente en el derecho supranacional, especialmente los tratados sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional. Transcribo del artículo citado: „Tratándose de personas que sin alcanzar la calidad de sucesores han experimentado un daño patrimonial o espiritual grave, derivado de la muerte de otra persona, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se inclina por otorgar legitimación activa. Tal es el caso de los hermanos, a quienes la jurisprudencia de la Corte Interamericana permite considerarlos legitimados activamente para reclamar daño moral sin que ello obste, por cierto, a la exigencia de demostración del daño por parte de aquéllos. Una cosa es la legitimación activa para accionar y otra, muy distinta, es la existencia y prueba del daño. Los criterios internacionales en esta materia no coinciden con nuestra legislación de fondo, pues el art. 1078 Cód. Civil no reconoce legitimación activa a los hermanos“.

“Este argumento brindado por Pizarro constituye un ariete imprescindible para analizar en casos concretos la inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil al no consultar su texto vigente la legislación y jurisprudencia supranacionales, considerando la integración de los Tratados y Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos a nuestra Constitución Nacional. (Art. 75 inc. 22).”



“El derecho a la reparación del daño tiene jerarquía constitucional. Lo destaca Pizarro, con referencia a los pronunciamientos de la Corte Suprema en „Santa Coloma“ (CS, 5/8/86, Fallos, 308:1160; JA, 1986-IV-625), „Gunther“ (CS, 5/8/86, Fallos, 308:1118; JA, 1987-IV-653) y „Luján“ (CS, Fallos, 308:1109).”

“En Definitiva se procura posibilitar el acceso a la jurisdicción para asegurar el principio alterum non leadere (Artículos 19 Constitución Nacional; 1.109 y 1113 Código Civil) y el derecho que tiene toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5 y 63 inc. 1º).”

“De modo que a mi criterio la actual redacción del artículo 1.078 del Código Civil en cuanto limita la legitimación activa a los herederos forzosos en caso de muerte de la víctima y en este particular supuesto donde reclaman sus hermanos, colisiona con el principio constitucional de igualdad (Art. 16 Constitución Nacional) y como consecuencia de ello debe ser declarado inaplicable.”

“La inconstitucionalidad de una disposición legal debe ser declarada de oficio al advertirse que colisiona ostensiblemente con la Constitución Nacional y la legislación con rango constitucional. (Art. 31 texto magno).”

“Respecto a ello ha expresado el Doctor Roncoroni: „ Debo aclarar, además, que ya he manifestado mi adhesión a la tesis según la cual los jueces, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad, no solo pueden sino que deben declarar de oficio la invalidez de una norma pues la Constitución no rige cuando alguien lo pide, sino siempre (art. 31, Const. Nac.), por cierto, eso no significan que los jueces reemplacen a los legisladores, lo que también sería inconstitucional, pues resultaría contrario a régimen republicano (art. 1, Const. cit. ; conf. L. 71.014, sent. Del 29 –X-2003). También he afirmado que la pregunta relevante no es si es posible o no la declaración oficiosa, sino bajo qué requisitos lo es, debiendo



examinarse si ellos se cumplen en el caso en juzgamiento“ (SCBA, 16 de mayo de 2007, causa 85.129).” (sentencia “Gomez” cit)

Voy a seguir en el presente caso, los criterios evolutivos que conceden legitimación para reclamar daño moral, no obstante las limitaciones de los textos literales.

Ninguna clase magistral de derecho, ninguna respetable opinión doctrinaria pueden explicar la angustia, la alteración de los valores sustanciales, que provocan ver a un hijo abusado por un tercero, en una edad pequeña y con repercusiones en sus procesos evolutivos. Las excepciones autorizadas por la excelente jurisprudencia para legitimar el reclamo de daño moral en supuestos diferentes a los previstos en el antiguo artículo 1078 del CC, no se han basado en meras discrecionales o concesiones graciosas de los magistrados. El riesgo de una catarata de indemnizaciones, que justifica el argumento de la idea restrictiva sobre el alcance del artículo 1078 CC, no se da en el caso concreto.

Las máximas de experiencia, el sentido común, las respuestas que da la vida misma nos convencen que cuando un niño sufre abusos por parte de un tercero, sus padres sufren intensamente esa lamentable circunstancia que lastima en lo más íntimo del corazón familiar.

No ver ese dolor, no entender esa angustia, o pretender que el legislador reformule la ley para dar cabida a nuevas legitimaciones, no nos ayuda a pensar el derecho desde un concepto privado constitucionalizado.

Los jueces no obsequian legitimaciones ni cuentan el dinero ajeno para resarcir el daño, por mero voluntarismo. Los jueces deben dar soluciones constitucionales que admitan las reparaciones de todo daño cierto.

La Constitución Nacional y los Tratados aseguran el derecho a la reparación integral. El Título Preliminar del Código Civil y Comercial – aplicable como fuente de doctrina considerándose la época de los hechos, ordena explícitamente al denominado diálogo de fuentes.



La vigencia de Convenciones y Tratados con jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22 CN), es anterior a la reforma del Código Civil y Comercial de La Nación.

La reforma constitucional de 1994 proyecta soluciones evolutivas que se explican desde el concepto de constitucionalización del derecho de daños. Ello cristaliza un acceso a la jurisdicción, antes vedada por restricciones propias de los antiguos derechos.

Se trata de seguir evoluciones conceptuales, ya arraigadas hace décadas y que acentuaron el principio del derecho constitucional de no dañar a otro y de la reparación integral. La reforma constitucional de 1994 y la incorporación con jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos (Art. 75 inc. 22 CN), en particular cuando se tratan de daños a la persona humana, modifica antiguos paradigmas normativos y concede a la persona humana la mayor tutela sin considerar exclusivamente los límites patrimoniales.

Basta para ello observar la concordancia que tiene el antiguo artículo 1078 en el Código Civil y Comercial de La Nación. Sin perjuicio de lo dispuesto respecto a la interpretación del artículo 7º del Código Civil y Comercial de La Nación, resulta evidente que el nuevo digesto se sustenta en aquellos principios y valores que ha transmitido la reforma constitucional de 1994 y que conforman el derecho privado constitucionalizado.

En efecto, la indemnización no agota la respuesta frente al daño injusto. Vemos a la persona humana. No vemos a un acreedor. Debemos tener en cuenta que también se tutela la inviolabilidad de la persona humana. El art. 51 CCC refiere a la Inviolabilidad de la persona y sostiene: “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad. A su vez, las afectaciones a la dignidad no han escapado de la previsión del legislados al incorporar el art. 52 del mismo cuerpo normativo, que establece: “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad



personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.”

Y en esas evoluciones, la reforma del Código Civil y Comercial, si bien amplió legitimaciones para reclamar daño extra patrimonial, lo ha limitado a supuestos de muerte o de gran discapacidad. Entiendo que sin perjuicio de los méritos de la evolución jurídica, la reforma no alcanza a considerar otros supuestos donde también el daño moral fluye intensamente sin que el intérprete requiera la revelación de la prueba. Entonces, voy a interpretar el artículo 1078 del Código Civil y la fuente de doctrina que constituye el actual artículo 1741 para dar una solución compatible con la constitucionalización del derecho de daños y si se me permite con aquellos principios que anuncian los nuevos codificadores en los fundamentos del Código Civil y Comercial de La Nación.

En este sentido: ”La consagración jurisprudencial de la Corte del derecho a la reparación integral, fundado en normas constitucionales, representa sin dudas uno de los pasos más importantes en la protección de la víctima, coherente con la visión moderna de la responsabilidad civil, cuyo eje no puede girar en torno al dañador, sino que debe tomar como epicentro del sistema al damnificado.” (RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia: “El principio constitucional a la reparación integral”. Artículo publicado en <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/constitucional-doctrina-2015-03-16.pdf>).

En su consecuencia, propicio declarar la inaplicabilidad (conf. art. 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) del art. 1.078 del Código Civil, únicamente en la parte normativa que limita la legitimación activa a los herederos forzosos y por ende propongo la declaración de su inconstitucionalidad (por conculcar el art. 16 de la Constitución Nacional, esto es dejando la ley de tratar de un modo igual a los iguales en igualdad de circunstancias y por resultar violatorio de los derechos humanos enunciados, tutelados por los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22), correspondiendo –en suma- la



aplicación de los arts. 29 del Cód. Penal y 1.079 del Cód. Civ., que habilitan a mi entender, a los padres de la víctima, a reclamar el resarcimiento del daño moral causado a los mismos, con motivo del abuso sexual que fue objeto el hijo de ambos en el establecimiento educativo.

En consecuencia, propondré hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil, en el caso concreto, y en consecuencia admitir el agravio esgrimido por los coactores apelantes y conceder el rubro Daño Moral peticionado en la demanda.

En efecto, para la cuantificación del daño consideraré las especiales circunstancias del caso que nos convoca, que ya han sido desarrolladas a lo largo de la presente, así como: la edad de los reclamantes al momento del hecho (41 años R.D.A y 29 años M.E.R) de estado civil casados, con otro hijo menor de edad, quienes habitan un inmueble alquilado, siendo el primero de ocupación changarín y la segunda costurera (v. pericia psicológica del 3/4/2019 , declaración jurada de fs. 65 y testimoniales de fs. 67/9 y 77/9vta del BLSG que corre por cuerda) por lo que propondré **CONCEDER** la suma de **PESOS QUINIENTOS MIL (\$500.000)** en concepto de daño moral a cada uno de ellos.

V. Adecuación del límite de cobertura

Entiendo, siguiendo jurisprudencia reiterada de esta Sala Primera, que corresponde incluso de oficio, la actualización del límite de la cobertura, como explicaré seguidamente. Ello no viola al principio de congruencia, toda vez que se trata de una cuestión de orden público que garantiza una debida relación de equivalencia en pos de evitar la frustración de la función social del seguro, si se mantendrían sumas que se han desactualizado.

Advierto que, si bien la jurisprudencia que compartiré a continuación hace referencia a la actualización del seguro automotor, los argumentos que justifican tan decisión resultan plenamente aplicables en la



especie. Justamente, es el derecho privado constitucionalizado el que orienta la solución del caso, más allá de las diferencias entre los tipos de seguros en cuestión. En ambos casos, tanto en el seguro automotor como en el seguro de la institución educativa, nos encontramos frente a un tipo de seguro obligatorio. Ello no puede pasar desapercibido a la hora de juzgar con la misma vara las controversias que se debaten en la judicatura.

En este sentido, destaco que el consumidor no puede quedar expuesto a respuestas inverosímiles. En un antecedente reciente señalé: “Se propicia que ese límite se establezca en lo determinado por la normativa vigente en la actualidad.”

“A través de la Resolución N° 268/21, la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) actualizó los límites de cobertura de los seguros de responsabilidad civil voluntarios para los vehículos automotores, elevando los montos máximos autorizados de cobertura por acontecimiento a la suma de ARS 38.500.000.- para transporte de hasta 8 pasajeros. (...) Veamos: En primer lugar, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha expresado el criterio de la oponibilidad del contrato de seguro al tercero damnificado. En este sentido ha decidido:” Al tercero damnificado le son oponibles todas las cláusulas, aún aquéllas que restrinjan o eliminen la garantía de indemnidad, sin distinguir en la naturaleza que éstas pudieran tener. Ello es así porque al prescribir el art. 118 de la ley 17.418 que “la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurado y será ejecutable contra él en la medida del seguro” o se encuentra enmarcado por determinadas estipulaciones contractuales, aun cuando haya sido ajeno a la celebración del pacto”.(SCBA, Ac. 40684 S 2-5-1989, LL 1989-E,129 y AyS 1989-I-818; Ac. 42988 S 15-5-1990, L-L- 1990-D-356 y AyS 1990-II-97; Ac. 63553 S 29-10-1996; Ac. 65.395 S 24-3-1998).”

“Por otra parte, la SCBA ha decidido que el contrato de seguro no constituye una estipulación en favor de terceros (SCBA, Ac. 39415 S 27-12-1988; Ac. 52.887 S 20-9-1994).-



LM-16168-2010

“Ya he expresado que: “el único vínculo que existe entre un tercero damnificado y el asegurador pasa por el contrato de seguro, por lo cual no puede prescindirse de dicho contrato ni de su contenido, que forman parte del presupuesto de hecho instituido por el art. 118 LS para tomar viable la citación en garantía”. (“Las cláusulas limitativas de responsabilidad y el contrato de seguro, por Juan Carlos Venini). (mi voto en caratulados “Regalado, Manuel Osvaldo C/ Ruiz, Angel Roberto Y Otros S/ Daños Y Perjuicios”, Causa N°:2386/1, RSD N° 72/12 sentencia del 31 de mayo de 2012)”

“Ahora bien, despejada la cuestión de la oponibilidad del seguro a la víctima, recientemente, la SCBA ha establecido “por mayoría- en la C. 119.088, “Martínez, Emir contra Boito, Alfredo Alberto. Daños y perjuicios”. (sentencia del 21/02/2018) que: “considero que los reproches afincados en la pretendida inoponibilidad de dicho límite literal de la cobertura tanto al asegurado como a la víctima del siniestro, por su violación al deber de reparación integral y a las resoluciones emanadas de la Superintendencia de Seguros de la Nación (v. fs. 402/403), resultan atendibles.” (...) “En el presente caso, el demandado tomador del seguro tenía contratada a la fecha del siniestro solamente la cobertura base o garantía mínima obligatoria, con el agregado de una cobertura por daños a cosas de terceros por la suma de cien mil pesos (\$100.000), tal como se expuso en la sentencia aclaratoria del Tribunal de Alzada (v. fs. 384 vta. y sigs.) con referencia a los dictámenes contables obrantes en la causa (v. fs. 180/181, 194, 220)”

“Pero el tribunal a quo, como fue dicho, luego de analizar la mecánica del siniestro y revocando el decisorio de primera instancia, hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios estimando los mismos a valores actuales a la fecha de su decisorio, 17 de diciembre de 2013, tasación que pretendió expresar la adecuación de tales valores a la realidad económica del momento en que se pronunció el fallo y que no cabe confundir con el empleo de mecanismos de “actualización”, “reajuste” o “indexación” de



montos históricos, que suponen una operación matemática (conf. doctr. causas C. 58.663, "Díaz", sent. de 13-II-1996; Ac. 60.168, "Venialgo", sent. de 28-X-1997; C. 59.337, "Quiroga", sent. de 17-II-1998; C. 92.667, "Mercado", sent. de 14-IX-2005, e.o.)." (...) "II.3. Pues bien, a la luz de las circunstancias narradas considero que la cláusula de delimitación cuantitativa del riesgo contenida en la póliza de seguro, convenida en concordancia con la normativa vigente al momento del hecho (cobertura básica obligatoria), no puede ser oponible al asegurado y a la víctima cuando la magnitud de los daños padecidos por esta última fue estimada en un tiempo actual, en el que también debe ser ejecutada la garantía, pues ante los disímiles contextos habidos en tales fechas, su pretendida aplicación literal se muestra ostensiblemente irrazonable, al resultar abusiva, desnaturalizar el vínculo asegurativo por el sobreviniente carácter irrisorio de la cuantía de la cobertura finalmente resultante, afectar significativamente la ecuación económica del contrato y la equivalencia de sus prestaciones, destruir el interés asegurado, provocar en los hechos un infraseguro, contrariar el principio de buena fe y patentizar un enriquecimiento indebido en beneficio de la aseguradora; a la vez que deviene asimismo frustratoria de la finalidad económico-social del seguro obligatorio, de su función preventiva, de su sentido solidarista y de su criterio cooperativista a la luz del principio de mutualidad; así como implica una mayor desprotección del asegurado, situación que repercute en la violación del principio de reparación integral del damnificado, colocándolo en un sitio de mayor vulnerabilidad (conf. arts. 1, 14, 17, 19, 28, 31, 33, 42, 75 inc. 22 y concs., Const. nac.; 16, 21, 499, 502, 530, 907, 953, 1.037, 1.068, 1.069, 1.071, 1.077, 1.079, 1.109, 1.137, 1.167, 1.197, 1.198 y concs., Cód. Civ.; 68 y concs., ley 24.449; 23, 24, 25, 30, 31, 33, 43 y concs., ley 20.091; 5, 7, 11, 61, 62, 65, 68, 109, 118, 158 y concs, ley 17.418 [LS]; 3, 37 y concs., ley 24.240; 217, 218 y concs., Cód. Com.; 47, 92 y concs., ley 11.430)" (...) "Tal evolución del monto mínimo del seguro obligatorio a lo largo de los años, junto a una valuación actualizada de los perjuicios derivados del siniestro,



vuelve evidente la modificación en la extensión de las prestaciones oportunamente acordadas (conf. art. 163, inc. 6, 2do. párr., CPCC). El transcurso del tiempo, el diferimiento del cumplimiento de la obligación de garantía a cargo de la aseguradora y la valuación judicial actual del daño ocasionado han provocado la desnaturalización del vínculo contractual por la sobreviniente disminución de la incidencia de la cobertura contratada en la cuantía de la indemnización finalmente resultante.”

“Si bien el asegurado abonó oportunamente las cuotas respectivas (prima pura y gastos de gestión interna y externa del asegurador) en relación con la cobertura básica obligatoria vigente al momento del siniestro (v. fs. 59/60 y 180 y vta.), y aun cuando adicionalmente deba la aseguradora afrontar complementariamente y en forma proporcional los mayores costos por intereses, costos y costas judiciales y extrajudiciales del presente proceso (conf. arts. 110, 111 y concs., LS, conf. doctr. causa C. 96.946, "Labaronnie", sent. de 4-XI-2009; e.o.); de todas formas, la ecuación económica del contrato de seguro ha sido afectada significativamente.”

“Esta doble ecuación revela -en una interpretación contextual sobre el sistema por el que se establece un límite mínimo de cobertura (conf. arts. 217 y 218, Cód. Com.)- la sobreviniente irrazonabilidad y carácter inequitativo de las prestaciones a cargo de la aseguradora, por alterar el sentido del contrato”

“En efecto, si bien el límite de cobertura constituye una cuestión esencial y subordinante de los demás elementos del seguro, también es cierto que al tiempo en que la compañía debe honrar sus compromisos asumidos el interés oportunamente asegurado luce sensiblemente reducido. Y en el marco de la cobertura básica del seguro de responsabilidad civil, ello implica que la prestación a cargo de la aseguradora sea finalmente por un monto muy inferior al de la garantía mínima vigente en tal momento, desvaneciéndose la tutela del damnificado para la efectiva percepción de su indemnización.”



“Así, si la suma asegurada constituye de ordinario el límite de la obligación de la aseguradora, en la póliza básica del seguro obligatorio de responsabilidad civil ésta determina la cobertura mínima que el sistema ha instituido como umbral para afrontar el daño real y cierto que el siniestro haya causado a la víctima. Por lo que el sobreviniente carácter irrisorio de su cuantía finalmente resultante implica en los hechos que se constate un infraseguro, al evidenciar un monto tan exiguo en relación con la valuación actual del daño que la gran parte de éste queda fuera de la garantía, a cargo exclusivo del asegurado, como si no hubiese mediado seguro alguno (conf. arts. 499, 953, 1.071 y concs., Cód. Civ.)”

“Si bien la magnitud de los daños provenientes de la responsabilidad civil automotor (en los términos del art. 68, ley 24.449) no puede ser lógicamente apreciada de antemano, el valor mínimo de la cobertura asegurada -que sí lo es- debe de algún modo mantener su relación con los mecanismos de valuación de los perjuicios derivados del siniestro (estimados al tiempo de la sentencia), pues la pérdida de dicha proporción o ratio -tal como sucede en autos- lleva a la destrucción del interés asegurado y a la ausencia de equivalencia en las prestaciones resultantes (ratio premio/riesgo).”

“II.3.b. A la vez patentiza un enriquecimiento indebido en beneficio de la aseguradora, reflejando una actitud contraria a los límites impuestos por la buena fe y la moral (conf. arts. 16, 21, 499, 502, 530, 907, 953, 1.071, 1.167 y concs., Cód. Civ.).”

“De modo que el orden público económico de protección al asegurado y a la víctima impone en estos casos, sin dilatar la esfera obligacional de la aseguradora, una revisión equitativa del contrato originario, lo que ha de implicar -por lo que se viene diciendo- incluir en la medida del seguro al valor de la garantía mínima vigente al momento de la valuación del daño contenida en la sentencia definitiva (conf. arts. 953, 1.037, 1.071, 1.137, 1.197, 1.198 y concs., Cód. Civ.; arts. 61, 109, 118 y concs., LS).”



“II.3.d. Para más, una aplicación literal de la cláusula de delimitación cuantitativa del riesgo contenida en la póliza resultaría asimismo sobrevinientemente frustratoria de la finalidad económico-social del seguro obligatorio (contrariando la indemnidad del patrimonio del asegurado, dejándolo desprotegido por una cobertura proporcionalmente muy inferior en relación con la magnitud del daño finalmente estimado, debiendo asumir la financiación de su descontextualización temporal) y destructora de su función preventiva (al desvirtuar la razón que diera nacimiento a la obligación del tomador de prevenir las consecuencias derivadas de su daño eventual, conf. art. 68, ley 24.449”

“II.3.e. Situación que adicionalmente repercutiría en la víctima, tal como se argumenta en el recurso en tratamiento, frente a quien se respondería en muy inferior proporción, frustrando el carácter obligatorio del seguro y su naturaleza indemnizatoria, con agravamiento del principio de efectiva reparación integral del daño padecido por aquélla, en perjuicio de su integridad, dignidad y propiedad, derechos amparados por garantías constitucionales (arts. 1, 14, 17, 19, 28, 31, 33, 42, 75 inc. 22 y concs., Const. nac.; 1, 10, 11, 31 y concs., Const. prov.; 1.068, 1.069, 1.109, 1.077, 1.079 y concs., Cód. Civ.)”

“Es que el art. 68 de la ley 24.449, al imponer el requisito del seguro obligatorio, no pretende otra cosa que proteger -con carácter de orden público- a las víctimas de accidentes de tránsito y asegurar su reparación, poseyendo un verdadero fundamento tuitivo, de seguridad social.”

“En un precedente de esta Sala, el Dr. Taraborrelli en los autos “Acuña Rubén Alejandro C/ Guillen Rafael Alcides Y Otro S/ Daños Y Perjuicios” (6265/1) 08/09/2020- ha expuesto que: “a los efectos de la adecuación o de la actualización del límite de la cobertura o del contrato de seguro, en los supuestos de responsabilidad civil hacia terceros, resultan de aplicación los siguientes principios fundamentales, que hacen a la Constitucionalización del Derecho Privado. De este modo: “Los Principios de



Justicia (Preámbulo: “afianzar la justicia”), y “La Equidad”: “Los consumidores y usuarios tienen derecho en la relación de consumo”, a “La seguridad e intereses económicos”, al trato “Equitativo y Digno” y a una “Información adecuada y veraz” (Art. 42 de la Constitución Nacional)”.

“La Justicia se afirma en el principio de equidad, es decir, dar a cada uno lo suyo, que es la base jurídica de nuestro sistema legal, como modo de defensa de nuestra Constitución Nacional y Los tratados de Derechos Humanos. La aplicación de las normas constitucionales se vincula con la Equidad y se encuentra estrechamente relacionado con el Art. 42 de nuestra Carta Magna, que ordena brindarle al consumidor un trato equitativo. La no actualización monetaria de las sumas aseguradas y/o de los topes o límites resarcitorios en las pólizas de seguro, importa un trato inequitativo de los asegurados, consumidores, y/o terceros beneficiarios de los de seguros, en los supuestos -como en el presente “sub-judice” de responsabilidad civil hacia terceros (estipulación o contrato a favor de tercero) dado que es una de las situaciones más evidentes de desprotección de los más vulnerables. En cuanto a la Dignidad: se violaría el principio de Dignidad de los más débiles: consumidores, o terceros beneficiarios, si no se reajustan los topes resarcitorios en los contratos de seguros. La dignidad de la persona humana constituye el eje sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional y el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el cual se afirma que: “Toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Va de suyo, que la actualización monetaria no viola la dignidad de la persona humana, dado que interpretar lo contrario y sin fundamento lógico ni racional, se beneficiaría a las Empresas o Compañías de Seguros, al obtener un lucro a costa de los asegurados”.

“Los Derechos de los Consumidores forman parte de los Derechos Humanos. Los Tratados Internacionales, con categoría supralegal, de conformidad al art. 75, Inciso 22, verifican el respecto al principio de la



dignidad de las personas (entre ellos: los consumidores), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se establecen: Los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, de libertad, justicia y paz, tienen como base, el reconocimiento de la dignidad, inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”.

Lo contrario importaría un beneficio a las Aseguradoras por la transferencia sin causa e impropia de beneficios financieros y económicos a dichas Compañías de Seguros, al no reajustar durante 16 años las sumas aseguradas y/o los topes resarcitorios. El sentido común y el sentido económico-financiero-jurídico afirman lo contrario. Ello me lleva a reflexionar con prudencia y razonabilidad que se produciría un verdadero enriquecimiento sin causa (art. 1.794 del C. C. y C.) de las empresas aseguradoras, toda vez que al percibir las primas proporcionales a las sumas aseguradas, abonarían importes indemnizatorios a valores históricos.

Y a su vez, incurrirían en un abuso de derecho por la posición dominante que ejercen en el mercado consumidor, en desmedro de los intereses subjetivos del beneficiario tercero de la póliza de seguros (arts. 9, 10 y 11 del C. C. y C.). La actualización monetaria de las sumas aseguradas, es una herramienta jurídica que los Jueces aplican para lograr un equilibrio entre las contraprestaciones asumidas por las partes en el contrato, con aplicación del principio: “conmutativo” al determinar que el monto de la cobertura se actualiza a la fecha del pronunciamiento judicial de conformidad a los topes y/o tablas que aplica y autoriza la Superintendencia de Seguros de la Nación, de acuerdo a las pautas inflacionarias de nuestro país, porque las primas actuales son proporcionales a los montos asegurados, teniendo en cuenta los costos, costes y beneficios económicos-financieros, bajo la óptica de la interpretación económica de los contratos. Se respeta así el principio receptado en nuestro Código Civil y Comercial de la “reparación plena” o integral como lo anunciaba el Código de Vélez Sarsfield. Según el Código Civil y Comercial de la Nación existe un Bloque Legal de Derecho de



Consumo, conforme los arts. 963 y 1094 del C. C. y C.), bajo el título de "Prelación Normativa" al ordenar que las normas deben ser aplicadas conforme con el principio de protección al consumidor o usuarios".

"De modo tal que siendo el asegurado un consumidor (en los términos del art. 1.092 del C. C. y C.) según sostiene la doctrina y la jurisprudencia, incluyéndose a la víctima del siniestro también, como un consumidor, no hay duda que la actualización por depreciación monetaria de la suma asegurada, va en sintonía con los derechos de los consumidores, amparados por el Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley de Defensa del Consumidor, por el art. 25 de la Ley 20.091 -que ordena que las cláusulas de los contratos de seguros sean "equitativas"-, arts. 42 y 17 de la Constitución Nacional y el art. 75, inciso 22 de la Carta Magna y los Tratados de Derechos Humanos".

"El tope de la suma de dinero, por el cual responde la aseguradora, frente a los daños a terceros beneficiarios del seguro, no está determinada 'in obligatione' sino "in solutione", esto último como una respuesta eficaz a una cuestión económica-jurídica, como un fin o resultado positivo de un proceso o acción. De allí que las sumas aseguradas se deben pagar al momento de siniestro, al monto real que corresponda tomar en cuenta para la liquidación de la deuda, es decir – reitero- al momento del pago del siniestro. En el seguro de responsabilidad civil, la suma asegurada es la "indemnización a la víctima" (art. 68 de la Ley 24.449) y la "indemnidad del asegurado", como protección a su patrimonio (art. 109 de la Ley de Seguros) y con mayor razón tratándose de un "seguro obligatorio de responsabilidad civil hacia terceros".

"Por otra parte, la Cámara Nacional Sala J en los autos caratulados: "RISSER PATRICIA ELIZABETH c/ MALDONADO RAUL AMERICO Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS (ACC. TRAN. C/ LES. O MUERTE) 39821/2011 04/05/2018), también ha resuelto sobre la necesidad de actualizar los límites de cobertura. En efecto, dicha Sala, expuso que: "Quizás, de haberse cuantificado los montos de condena a la fecha del



hecho y haberse abonado de inmediato, el límite de cobertura hubiera resultado suficiente para cubrir todos o una parte sustancial del valor de los perjuicios sufridos. El problema se presenta cuando el monto pactado o fijado por la SSN data de cinco, diez o incluso veinticinco años atrás (...) Este obvio desajuste, en un país con una economía inflacionaria, resulta claramente violatorio del más mínimo sentido de justicia y termina premiando a quienes han dilatado los pleitos por años y años, impidiendo que la víctima perciba un resarcimiento adecuado en el momento más próximo al daño sufrido. No podemos entonces considerar que lo que fue válido en su origen resulta luego nulo por efecto del transcurso del tiempo. Pero sí podemos afirmar que resulta violatorio de los más elementales derechos constitucionales admitir su vigencia actual, cuando en forma notoria consagra una injusticia. (...) Cuando a partir del año 1993 se estableció un límite de treinta mil pesos (\$ 30.000), esa suma equivalía a la misma cifra expresada en dólares estadounidenses (Resolución SSN N° 22.058 del 22/01/1993), y no obstante haberse abandonado la convertibilidad recién en el año 2009 se elevó ese monto por muerte o incapacidad total y permanente a noventa mil pesos \$90.000 (Resolución SSN N° 34225/2009). En el tercer considerando de la Resolución N°39.927/2016, la propia Superintendencia de Seguros de la Nación indica textualmente “Que habiéndose analizado las Sumas Aseguradas previstas en las citadas condiciones se ha observado que resulta imperioso proceder a su actualización, tanto del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil (SORC), del Seguro de Responsabilidad Civil de Vehículos Automotores destinados al Transporte Público de Pasajeros, así como las sumas definidas en la cobertura para los Gastos Sanatoriales como para Gastos de Sepelio” (la transcripción completa no se encuentra en www.infoleg.gov.ar, sino que está consignada en la página www.ssn.gov.ar, debiendo efectuarse la búsqueda a través de http://kronos.ssn.gob.ar/sce/public/publicNavigate.faces?_cid=2c1”).



“En función de ello eleva todos los montos de los límites de responsabilidad. Para seguir con el mismo ejemplo, en caso de muerte o incapacidad alcanza la cifra de cuatrocientos mil pesos (\$ 400.000.). Es evidente que la propia autoridad de aplicación, aún antes de la reforma introducida en el año 2016, tenía clara conciencia de la insuficiencia de los límites vigentes antes de su dictado. En efecto, mediante Resolución SSN N°35.863/2011 (10/06/2011) se habían establecido nuevos límites para la cobertura de la Responsabilidad Civil, que fueran ampliados mediante Resolución SSN N°38.065/2013 (27/12/2013), en cuyos considerandos se consigna: “Que una de las políticas a desarrollarse dentro del Plan Nacional Estratégico del Seguro 2012-2020 (PlaNeS) que lleva adelante esta SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACION, es la ampliación del seguro existente: mayor cobertura, mayor prestación y mejor recaudación para los Seguros de Vehículos Automotores y/o Remolcados. Que en el marco de dicho Plan...resulta necesario establecer nuevos límites máximos de cobertura para los riesgos que tengan por objeto mantener indemne al asegurado frente a Terceros por la Responsabilidad Civil en que incurra por el uso de un vehículo automotor.”

“Por lo cual, el fallo citado, reconoce que “la actual normativa vigente, emanada de la propia Superintendencia de Seguros de la Nación, ha reconocido expresamente la necesidad de actualizar los montos. Y este es un punto de partida válido”. (conf. Fallo citado Cam. CV. Nac. Sala J)”. (Acuña c Guillen s/ daños y perjuicios. Voto citado).

Además, repárese que desde la fecha en que se produjo el daño (año 2007) hasta el día de hoy, han transcurrido quince años, sin que se le indemnizaran los daños padecidos, así que de limitarse el resarcimiento de los perjuicios causados a la víctima, al límite de la cobertura contratada a la fecha de emisión de la póliza de seguro, constituye un verdadero abuso de derecho (arts. 9, 10, 11 y 12 del C. C. y C.), y un enriquecimiento sin causa en cabeza de la aseguradora (art. 1794 del C. C. y C.), toda vez que se ha producido un hecho público, evidente y notorio –y



LM-16168-2010

que no necesita ser probado- que es la depreciación de nuestro signo monetario, como consecuencia de un proceso inflacionario, que autoriza –sin hesitación- a adecuar o actualizar monetariamente el límite de la cobertura a la fecha del pago de las indemnizaciones y sus accesorios.

Ahora bien, en el caso concreto existe la particularidad de la ausencia de reglamentación por parte de la Superintendencia de seguros en relación al seguro de los establecimientos educativos, por los que debe el intérprete acudir a otras pautas que cumplan con la finalidad propuesta.

Recientemente, en los autos “INSAURRALDE JULIO Y OTRO C/ INSTITUTO ISLAS MALVINAS Y OTROS (PROVINCIA SEGUROS S.A) S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” LM-13135-2014, sentencia aclaratoria del 23/08/2022 he dicho que correspondía “...encontrar una solución distinta, ello en virtud de la ausencia de norma de la Superintendencia de Seguros de la Nación que establezca límites o valores mínimos de sumas aseguradas para la cobertura de responsabilidad civil en análisis. Que así las cosas, en uso de las facultades que me confiere el ordenamiento procesal vigente (arts. 34, 36 y ccdtes. del CPCC) propongo que, en la etapa de liquidación, a fin de contar con mayores elementos para la determinación de la solución a la cuestión introducida se disponga el libramiento de oficio a Provincia Seguros S.A. a fin de que informe cual es el monto que a la fecha se estipularía para establecer el límite de cobertura de responsabilidad Civil si se contratara en los mismos términos y condiciones que lo hicieron las partes , debiendo estarse al mismo –en caso que corresponda- y no al límite establecido históricamente en la póliza acompañada con el escrito del 22/3/2018 , lo que así propongo a mis distinguidos colegas de Sala.”

En síntesis, la solución precedentemente citada será aplicable al caso, debiendo ello instrumentarse en la etapa de liquidación de sentencia en el juzgado de origen.

VI.- Las costas de Alzada



Las costas de Alzada deben ser impuestas a los codemandados y la citada en garantía en su carácter de vencidos (Art. 68 CPCC) y diferirse las regulaciones de honorarios para su oportunidad.

Por todas las consideraciones legales, jurisprudenciales y doctrinales expuestas, **VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**

A la misma cuestión planteada, los Dres. Taraborrelli y Pérez Catela adhieren al voto del Dr. Posca y **VOTAN PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RAMON DOMINGO POSCA dijo: Visto el acuerdo que antecede propongo a mis distinguidos colegas: **A) SE ADMITAN** los agravios esgrimidos por la parte actora **B) SE DESESTIMEN** los agravios interpuestos por los co-demandados y en consecuencia: **1º) SE REVOQUE PARCIALMENTE** la sentencia apelada en cuando admite la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la aseguradora, haciéndose extensiva la condena a Provincia Seguros S. A., dentro de los límites del contrato de seguro y con el alcance dispuesto en el punto V. “Adecuación del límite de cobertura”. **2º) SE DECLARE EXCLUSIVAMENTE EN EL PRESENTE CASO, LA INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 1078 del Código Civil y SE ADMITA el rubro DAÑO MORAL**, a favor de R.D.A y de M.E.R, en su carácter de progenitores del damnificado en la suma de **PESOS QUINIENTOS MIL (\$500.000)** a cada uno de ellos **3º)SE ACLARE** que al establecer que la aseguradora responde con los alcances del art.118 de la Ley de Seguros (nº17.418) deberá interpretarse que los límites de cobertura serán los que surjan del oficio a librarse en la etapa de ejecución a Provincia Seguros S.A. a fin de que informe cual es el monto que a la fecha se estipularía para establecer el límite de cobertura de responsabilidad Civil si se contratara en los términos y condiciones que lo hicieron las partes y



que surgen de la póliza obrante en autos, tarea que se encomienda al Sr. Juez de grado 4°) **SE CONFIRME** la sentencia apelada en todo lo demás que ha sido motivo de agravios. **5°) SE IMPONGAN las costas de Alzada** a los codemandados y a la citada en garantía por aplicación del principio objetivo de la derrota (Art. 68 CPCC) y se difieran para su oportunidad las respectivas regulaciones de honorarios.

ASI LO VOTO

Por análogas consideraciones, los Dres. Taraborrelli y Perez Catella y adhieren **VOTAN EN IGUAL SENTIDO.**

Con lo que terminó el acuerdo que antecede, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Conforme la votación que instruye el Acuerdo que antecede, éste Tribunal **RESUELVE: ADMITIR** los agravios esgrimidos por la parte actora **B) DESESTIMAR** los agravios interpuestos por los co-demandados y en consecuencia: **1°) REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia apelada en cuando admite la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la aseguradora, haciéndose extensiva la condena a Provincia Seguros S. A., dentro de los límites del contrato de seguro y con el alcance dispuesto en el punto V. “Adecuación del límite de cobertura”. **2°) DECLARAR EXCLUSIVAMENTE EN EL PRESENTE CASO, LA INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 1078 del Código Civil y ADMITIR el rubro DAÑO MORAL,** a favor de R.D.A y de M.E.R, en su carácter de progenitores del damnificado en la suma de **PESOS QUINIENTOS MIL (\$500.000) a cada uno de ellos. 3°) ACLARAR** que al establecer que la aseguradora responde con los alcances del art.118



LM-16168-2010

de la Ley de Seguros (nº17.418) deberá interpretarse que los límites de cobertura serán los que surjan del oficio a librarse en la etapa de ejecución a Provincia Seguros S.A. a fin de que informe cual es el monto que a la fecha se estipularía para establecer el límite de cobertura de responsabilidad Civil si se contratara en los términos y condiciones que lo hicieron las partes y que surgen de la póliza obrante en autos, tarea que se encomienda al Sr. Juez de grado **4º) CONFIRMAR** la sentencia apelada en todo lo demás que ha sido motivo de agravios. **5º) IMPONER las costas de Alzada** a los codemandados y a la citada en garantía por aplicación del principio objetivo de la derrota (Art. 68 CPCC) y se difieran para su oportunidad las respectivas regulaciones de honorarios. **REGISTRESE. NOTIFIQUESE** la presente sentencia definitiva por Secretaría, en los términos del artículo 10 del Reglamento para las presentaciones y las notificaciones por medios electrónicos, Anexo I, capítulo II del Acuerdo 4039 SCBA., a los domicilios electrónicos respectivos, los que se consignan seguidamente. **DEVUELVA SE.**

20203138335@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR;
27214729607@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR;
23181516259@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR;
20238297037@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR y
27214729607@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 21/12/2022 11:31:14 - PÉREZ CATELLA Héctor Roberto - JUEZ

Funcionario Firmante: 21/12/2022 11:47:58 - POSCA Ramón Domingo - JUEZ

Funcionario Firmante: 21/12/2022 12:16:45 - TARABORRELLI José Nicolás - JUEZ

Funcionario Firmante: 21/12/2022 12:26:38 - ROLKA Jesica Vanesa - AUXILIAR LETRADO DE CÁMARA DE APELACIÓN



LM-16168-2010



222001420022211352

**CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA I - LA
MATANZA**

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS el 22/12/2022 11:45:18 hs.
bajo el número RS-227-2022 por ROLKA JESICA.