



Expediente Número: CIV - 94131/2015 **Autos:**
ESPARZA, MIGUEL FERNANDO c/ QBE SEGUROS
LA BUENOS AIRES s/ORDINARIO **Tribunal:**
CAMARA COMERCIAL - SALA F /

Excma. Cámara:

1. Debe señalarse en forma preliminar que, conforme prevé el art. 135 C.P.C.C.N., las notificaciones dirigidas a esta Fiscal deben cursarse personalmente en su despacho, atento a la relevancia de su función de resguardo del interés general (Conf. art. 120 CN).

Ahora bien, en el mes de marzo de 2020 libré oficio al Presidente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial a fin de solicitarle que, atento a la situación de público conocimiento respecto de la pandemia del Covid 19 y a la Resolución PGN 20/20, cualquier intervención o vista que se cursare a la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial se comunicara al domicilio electrónico de la dependencia, hasta tanto durara la inhabilitación de los términos dispuesta por Acordada 4/2020.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dispuesto por acordada 27/2020 el levantamiento de la feria extraordinaria sin perjuicio de mantener lo dispuesto en los puntos dispositivos 9°, 10° y 11° de la acordada 25/2020 en lo que respecta a la utilización y empleo prioritario de herramientas digitales, la modalidad de trabajo remoto, la limitación de atención al público y la observancia por parte del personal judicial de las medidas de prevención, higiene y movilidad emanadas de las autoridades competentes.

La Procuración General de la Nación ha tomado razón de lo resuelto por el Máximo Tribunal nacional en la resolución PGN 50/20, en la que también se hace hincapié en la preferencia por el trabajo remoto y demás medidas que reduzcan la circulación de personas.

En este marco, esta magistrada considera que en forma excepcional puede utilizarse este medio a los fines de prestar adecuadamente el servicio que le compete mientras dure el





Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) dispuesto por el Gobierno Nacional. Ello sin perjuicio de destacar que la Secretaría de Coordinación Institucional de la Procuración General de la Nación indicó que se deben extremar las medidas para que las notificaciones electrónicas no sean utilizadas en los supuestos que la ley procesal indica la vista del expediente.

Cabe agregar que el Ministerio Público no comparte materialmente con el Poder Judicial el mismo Sistema de Gestión que le permitiría recibir las actuaciones en forma virtual.

En virtud de lo expuesto ante la no remisión al despacho de esta Fiscal de las actuaciones en formato papel o digital, la posibilidad de dictaminar quedará a su consideración en cada caso concreto, priorizando la continuación del trámite de los expedientes por vía remota y con el régimen de firma electrónica.

Ahora bien, evaluando que, en el caso de autos, la compulsa se puede realizar mediante la página www.pjn.gov.ar a los fines de emitir opinión, se procede a dictaminar.

2. En la resolución de fecha 11 de noviembre de 2019, el juez de primera instancia procedió a dar tratamiento como de previo y especial pronunciamiento a las excepciones de prescripción y de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada.

No obstante haber rechazado la excepción de prescripción, hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva y procedió a desestimar la demanda, imponiendo las costas en el orden causado.

Para así decidir entendió que:

a) respecto de la excepción de prescripción, que debía ser desestimada pues al serle aplicable a las presentes actuaciones el Código Civil, y siendo el plazo de prescripción el previsto en el art. 4023 del cuerpo normativo de referencia, el plazo al momento de interponerse la demanda no se había cumplido.

b) en cuanto a lo que aquí interesa, sobre la excepción de falta de legitimación pasiva y el consecuente rechazo de la demanda, el magistrado de primera instancia consideró que siendo el



demandante el hijo menor del asegurado, quien instó la acción en su representación, carecía de acción directa para demandar a la compañía de seguros.

Luego de citar doctrina y jurisprudencia, el juez de primera instancia concluyó que: “el seguro de responsabilidad civil es un contrato a favor del asegurado cuyo objetivo es mantenerlo indemne de reclamos de terceros. Es decir, la cobertura es respecto de aquél, y no del tercero damnificado, por lo tanto, de la única forma que puede accionar el tercero es a través de la citación en garantía, del asegurado prevista por el art. 118 de la LS.” (sic) -ver punto 2.2 apartado c), párrafos decimo segundo y decimo tercero del fallo en crisis-

No obstante haber dado tratamiento a la excepción de falta de legitimación pasiva, conforme los antecedentes expuestos ut supra, concluyó el magistrado en la sentencia el rechazo de la demanda por falta de “legitimación en el accionante” (sic).

3. La mentada resolución fue apelada por el actor el día 22 de noviembre de 2019 (escrito agregado el 2 de diciembre de 2019), por la demandada en la presentación de fecha 2 de diciembre de 2019 y por la Defensoría de Menores en lo Civil, Comercial y Laboral número 4 con la presentación de fecha 21 de noviembre de 2019, digitalizada con fecha 20 de agosto de 2020.

3.1. El accionante, al fundar su recurso con la presentación de fecha 30 de junio de 2020 (agregado con fecha 2 de julio de 2020) se agravió al entender que la excepción de falta de legitimación pasiva no debió tratarse como de previo y especial pronunciamiento. Por otra parte, consideró que el decisorio afecta los derechos del niño, llevando a un absurdo tener que demandar al propio padre para poder citar en garantía a la compañía de seguros.

3.2. La demandada desistió del recurso de apelación interpuesto con la presentación de fecha 20 de diciembre de 2019.

3.3. Finalmente la Defensora Pública de Menores ante la Cámara de Apelaciones mantuvo el recurso de apelación interpuesto por el Defensor de Menores de primera instancia -ver presentación de





fecha 23 de noviembre 2020, incorporada con fecha 24 de noviembre de 2020- destacando en los fundamentos del dictamen que (...) *“En los seguros obligatorios, como el automotor, las cláusulas de exclusión de cobertura desnaturalizan las obligaciones de las compañías de seguro y son inoponibles a las víctimas porque la ley tutela un interés superior que consiste en la reparación de los daños ocasionados a terceros. Cabe manifestar que las normas específicas que devienen de las leyes de defensa del consumidor, de tránsito y de seguros han de ser interpretadas, y resuelta su aplicabilidad o exclusión teniendo en cuenta la Constitución Nacional y Provincial, como también los tratados internacionales, de protección de la vida y de reparación del daño a la víctima. Esto es la realización del referido principio constitucional de protección a la vida”*.

Finalmente agregó que, tratándose el contrato de seguro de un contrato de consumo, se encuentra en juego el art. 42 de la Constitución Nación y el seguro obligatorio dispuesto por el art. 68 de la ley 24.449, no cabiendo ninguna duda que el epicentro principal y excluyente para el legislador, es la protección de la víctima de un siniestro a quien hay que indemnizarlo.

4. Sentados los antecedentes del caso, es preciso señalar que, como principio, esta Fiscalía no interviene en reclamos individuales en los que se encuentren debidamente tutelados los derechos de los consumidores y usuarios.

No obstante, en el supuesto particular y a la luz de las cuestiones debatidas, resulta menester emitir opinión, al encontrarse involucrados derechos constitucionales de notoria trascendencia social, cuya violación afecta el interés general.

En virtud de aquello, corresponde expedirme sobre la vista que me fuera conferida por cédula electrónica el día 2 de febrero de 2020.

Adelantando mis conclusiones, amén de los fundamentos que pasaré a reseñar, considero que debe darse lugar a los recursos interpuestos por el actor y la defensoría de menores,





revocándose la resolución de grado, en los términos que a continuación se desarrollarán.

5. Previo a emitir dictamen respecto *thema decidendum* -excepción de legitimación pasiva, acción directa del tercero damnificado contra la compañía de seguros-, a los fines de realizar una exposición clara y ordenada pasaré a destacar algunos hechos y actos procesales que resultan relevantes para el destino de las presentes actuaciones.

5.1. No se encuentra controvertido que el Sr. Esparza Miguel Fernando instó acción de daños y perjuicios en representación de su hijo menor de edad, Franco Agustín Esparza, contra la compañía de seguros QBE Seguros La Buenos Aires, quien revestía la calidad de aseguradora respecto al contrato de seguro celebrado con el padre del menor.

Por otra parte, y no obstante que el tratamiento dado a las excepciones se realizó en forma previa y sin abrirse la causa a prueba, he de destacar que conforme surge del escrito de demanda los hechos que motivaron la acción fueron producto del accidente vehicular que tuvo como protagonista al padre del menor accionante, al propio menor y a la madre de este último quien falleciera en el referido siniestro, ocurrido el día 27 de enero de 2014.

En una prieta síntesis los daños y perjuicios que Esparza Miguel Fernando reclamó en representación de su hijo menor, se anclan -conforme el escrito de inicio- en las lesiones y en el daño moral que se le ocasionaran al menor de edad, por el fallecimiento de su madre como consecuencia del vuelco del vehículo conducido por él.

5.2. Finalmente, respecto al desarrollo expositivo propuesto en el presente punto, no puedo dejar de señalar que de la compulsa de las actuaciones se vislumbra un tratamiento algo confuso e impreciso en cuanto a la excepción de falta de legitimación pasiva, que se traduce en la parte resolutive del fallo en crisis, como un rechazo de demanda por falta de legitimación en el accionante, sumado a que tanto en la contestación de demanda, la sentencia de primera instancia y en los fundamentos del recurso interpuesto por la



Defensora de Menores, confluye una mención sobre la cláusula de exclusión de cobertura por la condición de familiar del asegurado.

El abordaje del caso se complejiza no solo por la convergencia del bloque normativo constitucional aplicable y sus diversas interpretaciones, sino porque además la solución al mismo en ningún caso puede ser abordado, como se aprecia ocurrió en la sentencia recurrida, soslayando tal bloque normativo.

6. Pasaré entonces, a dar tratamiento al tema que motiva la vista conferida.

6.1. Legitimación Pasiva:

Conceptualmente se determinó que la legitimación es la cualidad que tiene una persona para reclamar -o ser reclamada- respecto de otra por una pretensión en el proceso (Enrique M. Falcón, Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, Tº II, pág. 268).

De modo que, necesariamente, debe existir un correlato entre la persona que efectivamente se desenvuelve en un proceso y aquella a la cual la ley expresamente habilita para pretender o contradecir respecto del tema de debate.

La idea es que solamente quien posea “acción” tendrá “aptitud para obrar” y estar así legitimado para abrir un proceso judicial (Osvaldo A. Gozaíni, Tratado de Derecho Procesal Civil, La Ley, 2009, Tº II, pág. 858).

Es decir que quien entabla una pretensión -o bien, es demandado, como sucede en el sub lite- debe revestir una determinada aptitud para tal fin.

Explicaba Palacio que la falta de legitimación para obrar existe cuando no media coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender o contradecir respecto de la materia sobre la cual versa el proceso (autor citado; La excepción de falta manifiesta...; en RADProc.; 1968; I; pág. 78).

La principal característica de la “falta de acción” es la inexistencia de calidad o aptitud para poder reclamar una sentencia



favorable. De modo tal, que es menester establecer concretamente cual es la calidad del demandado: si es efectivamente titular de la relación jurídica en cuestión y si ello le da posibilidad cierta al actor de pretender una sentencia favorable a su petición (Osvaldo A. Gozaíni, ob. cit., pág. 859).

En el *sub lite*, el basamento fáctico y sobre el que se suscita la crisis del fallo, es determinar si la compañía de seguros contratada por el padre del menor Sr. Esparza Miguel, quien reviste la calidad de asegurado en el vínculo contractual que los une, puede ser polo pasivo del reclamo y en consecuencia ser demandado en forma directa por la víctima de un accidente de tránsito, que en el caso en particular es el hijo del propio asegurado.

6.2. El contrato de seguro obligatorio para siniestros viales

Se ha afirmado en la doctrina que el vínculo jurídico que se genera entre la compañía de seguros y el asegurado se encuadra en lo que nuestro ordenamiento jurídico denomina relación de consumo (art. 3 LDC y art. 1092 CCyC).

El contrato de seguro de responsabilidad civil celebrado entre el Sr. Esparza, Miguel Fernando con la demandada compañía de seguros, no suscita interrogante alguno respecto de que se trata de un contrato de consumo. Ello apareja efectos jurídicos para los propios contratantes y para terceros, lo que abordaré seguidamente.

Al respecto, la LDC ha venido a reafirmar el cambio de paradigma operado en el derecho de daños y ha contribuido a consolidar la función social del seguro (Parral Pablo y Sartini Susana “El Concepto de consumidor en el contrato de seguro: sentido y alcance de la reforma de la ley 26.361, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, N° 8, Agosto 2012, La Ley, pág. 26).

Siguiendo la opinión de reconocida doctrina en la materia, no existiría hoy obstáculo alguno para que, en esas condiciones, la relación entablada entre asegurado y asegurador pueda calificarse como de consumo (en este sentido ver Stiglitz-





Pizarro, "Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", La Ley, 2009-B, 949; Toribio, Eduardo A., "Reflexiones sobre la defensa del consumidor y del asegurado (¿y los asegurados?)", publicado en R.D.C.O, Año 42, p. 741, 2009-A; Piedecasas, Miguel, "El Consumidor de Seguros", publicado en "Defensa del Consumidor", Dir. Lorenzetti, Ricardo Luis y Schotz, Gustavo Juan, PS. 343/344; Ed. Abaco, Buenos Aires, 2003; Farina, Juan M., "Defensa del Consumidor y del usuario", p. 93, 4ª edición, Astrea, Bs. As., 2009; Cracogna, Dante, "La defensa del consumidor en el seguro", en "Derecho de Seguros - Homenaje a Juan C. F. Morandi", dirigida por Barbato, Nicolás, PS. 689 y sgtes. Bs. As., 2001; Schiavo, Carlos A, "El derecho de seguros y las normas de tutela de consumidores y usuarios" en "Seguros y Defensa del Consumidor", dirigida por Roitman, Horacio y Aguirre, Felipe, PS. 227/247, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2012).

En consecuencia, las normas que integran la protección de consumidores y usuarios resultan de aplicación a los presentes obrados, por lo que toda interpretación a realizarse deberá someterse al cumplimiento de dicha tutela constitución.

6.3. Integración normativa aplicable al caso.

Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente, analizaremos la aplicación, integración y/o prelación de las normas que aportan la solución jurídica a las presentes actuaciones.

Como consecuencia de los cambios paradigmáticos que se han dado en la interpretación y sistematización del derecho, es ineludible observar el conjunto de las normas a la luz del mandato constitucional. De lo contrario, se arribaría a soluciones que desde hace años se nutren de las teorías jurídicas clásicas, lo cual generaría una intensificación de los inconvenientes sociales y económicos que, precisamente, el "nuevo derecho" pretende desterrar.

El creciente fenómeno de la decodificación de todo el derecho (público y privado), la figura de un código o una ley específica considerada como fuente de toda solución jurídica ha caído en "abstracto".



Ello así, toda vez que a partir de diferentes exigencias sociales y económicas propias de nuestros tiempos el derecho reaccionó mediante la creación de microsistemas jurídicos, los cuales cuentan con perfiles y aspectos muy propios que deben entenderse para advertir el desplazamiento o desmoronamiento de muchos principios que en la vetusta “codificación” parecían inmutables (Lorenzetti, Ricardo, “La decisión judicial en casos constitucionales, La Ley 01/11/2010).

En las presentes actuaciones, se advierten la convergencia de un marco tuitivo constitucional conformado por la propia Carta Magna y distintas normas de orden público como la LDC y el artículo 68 la ley 24.449, que impactan en forma directa sobre la ley 17.418 que regula al contrato de seguros.

En este sentido, explica Lorenzetti que el estatuto del consumidor transita por la llamada singularidad asistemática en razón de que está compuesto de un sinfín de reglas que desde diversos ángulos establecen soluciones a situaciones jurídicas en particular, y que ahora deben ser integradas y adecuadas a sus dos normas fundamentales: el art. 42 de la Constitución Nacional y la ley de defensa del consumidor (Lorenzetti Ricardo L, “Consumidores” Ed. Rubinzal, Santa Fe, 2003).

Es que *“la intromisión del Estatuto del derecho de los consumidores que, a modo de lanza, (...) obliga a reformular algunas bases, otrora inconvencibles. Tal situación impone un enorme esfuerzo a fin de determinar su emplazamiento en el ordenamiento jurídico y, en particular, su rango normativo”* (Ossola, Federico Alejandro, “La prescripción liberatoria en las relaciones de consumo”, La Ley 2006 - F, 1184). Agrega el citado autor que los conflictos "ley general/ley especial" y "ley anterior/ley posterior", deben ser resueltos tomando especialmente en cuenta el rango normativo superior del estatuto del consumidor.

En consecuencia, a lo expuesto, todas las normas anteriores a la vigencia constitucional del estatuto del consumidor quedan derogadas en cuanto se opongan o contradigan las soluciones





generales establecidas por el art. 42 de la C.N. y la Ley de Defensa del Consumidor (Ossola, Federico Alejandro, “La prescripción liberatoria en las relaciones de consumo”, La Ley 2006 – F, 1184).

La amplitud con la que se consagran los diversos derechos del consumidor (protección de la salud, seguridad, intereses económicos, información, libertad de elección, asociación, educación, control, prevención, etc.) dentro de la cláusula constitucional, conlleva un cambio cualitativo que trasciende holgadamente las fronteras del Derecho Privado, para situarse como uno de los ejes centrales del nuevo sistema constitucional.

Es por ello que, en atención a los derechos discutidos en las presentes actuaciones, la normativa referida a la protección del consumidor y el usuario, sumado a lo dispuesto por el ar. 68 ley 24449 tiene mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico argentino, que la Ley de Seguros, sin perjuicio de la integración necesaria que deberá realizarse para determinar la solución a la cuestión planteada.

Si bien no escapa a esta Fiscalía lo dicho por la CSJN en el fallo “Buffoni”, donde en un contexto similar al debatido en autos, ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro, como lo adelantara en los párrafos precedentes, tal discusión debe ceder -y así lo ha sostenido el propio ministro de la Corte Lorenzetti en “Consumidores” (Ed. Rubinzal, Santa Fe, 2003 pág. 46)-, al “test de constitucionalidad” al que se debe someter la norma aplicable al caso. Ello implica verificar si la norma de la ley 17.418, dictada con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994, se encuentra en perfecta armonía y concordancia con la protección de consumidores y usuarios consagrada en la Carta Magna.

En tal sentido, explica Sobrino que en los casos en que pudiera llegar a existir una colisión o contradicción entre la ley de seguros y todo el plexo normativo consumerista (v.gr. art. 42 de la Constitución Nacional; ley 24.240; ley 26.361; etc.), va a tener preeminencia la legislación del consumo -art. 3 de la ley 24.240- por



una cuestión de jerarquía normativa constitucional -art. 42 y art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional- (Sobrino Waldo A. R. “Consumidores de seguros “Aplicación de la Ley de defensa del consumidor a los seguros”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, N° 6 Junio 2011, La Ley, pág. 10 y 11).

6.4. Equiparación del tercero -familiar del asegurado- víctima del accidente de tránsito a la categoría de consumidor.

La primera consecuencia jurídica que se deriva por ser el contrato de seguro un contrato de consumo, es la imposibilidad de soslayar cuanto dispone el art. 1092 del CCyCN, al establecer 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”. Esta referencia resulta de utilidad en cuanto se repara que el pasajero transportado en el automotor del asegurado/consumidor, quedará equiparado a aquél. En tal sentido el Dr. Alterini al comentar el art. 1092 del CCyCN, nos explica que: “...Bien se ha incluido en este ámbito, los supuestos siguientes: «1) al no contratante que resulta dañado por un producto elaborado como también al pasajero; y 2) a quienes se le extienden los efectos del contrato de consumo como, por ejemplo, al conductor autorizado en el seguro automotor o al beneficiario en el seguro de vida” (Alterini, Jorge H., Director General del “Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético”, 2a. Ed. - Tomo V).

A ello debemos sumarle y abordar las particularidades del caso en concreto cuando ese tercero se trata de un familiar o conviviente del asegurado, quien queda alcanzado por el art. 1 de la LDC y art. 1092 CCyCN segundo párrafo al ser transportado en el vehículo asegurado, pero que además el contrato de seguro celebrado por el asegurado lo beneficia por ser parte del grupo familiar o social conforme última parte del primer párrafo de los artículos citados.

Esa integración e interpretación normativa, entiende la suscripta, le otorga legitimación activa al tercero familiar víctima de





accidente de tránsito, al tiempo que lo habilita a demandar en forma directa a la compañía de seguros, habilitando el polo pasivo de la contienda.

Resalto que hasta ahora nada he dicho sobre la cláusula de exclusión de cobertura a daños producidos a parientes (3er. grado de consanguineidad), pues si bien no es un tema que pasaré por alto, claramente no es el núcleo central de los agravios, por cuanto el magistrado de primera instancia no le ha dado tratamiento expreso a dicha cláusula.

Volviendo sobre la legitimación pasiva, conforme lo expuesto precedentemente es que se habilita la vía en forma directa para el tercero, víctima de un accidente vial, sea o no familiar, advierto que dicha habilitación no solo se consagra por la aplicación de la LDC, sino que se fundamenta además con la integración de lo dispuesto en el art. 68 de la ley 24.449.

6.5. Del seguro de responsabilidad civil obligatorio.
Art. 68 de la ley 24.449

En Argentina, en general, el seguro "voluntario" de vehículos incluye al seguro "obligatorio" establecido por la ley 24.449 de Tránsito, ya que por res. SSN N°36.100 toda póliza de seguro de vehículos automotores y/o remolcados, deberá amparar la cobertura básica y obligatoria de "Responsabilidad Civil hacia Terceros Transportados y no Transportados", que dispone la Ley de Tránsito y Seguridad Vial.

En este sentido en el seguro "obligatorio" debe tenerse en cuenta la finalidad de protección de las víctimas de los accidentes de tránsito y por ello los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego (conf. Ley 24.449). En el seguro "voluntario", en cambio, el asegurador solo se obliga a mantener indemne al Asegurado y/o a la persona que con su autorización conduzca el vehículo objeto del seguro, por cuanto deban a un tercero como consecuencia de daños causados por ese vehículo o por la carga que transporte en condiciones reglamentarias, por hechos





acaecidos en el plazo convenido, en razón de la responsabilidad civil que pueda resultar a cargo de ellos.

La Superintendencia de Seguros de la Nación, al referirse al seguro obligatorio, señala: "Son aquellos cuya contratación se impone para desarrollar determinada actividad en concreto, sea en virtud del riesgo que esta conlleva, o por el fin social que la norma persigue, tal como ocurre con el seguro de responsabilidad civil para la circulación de automotores" (<http://www.ssn.gov.ar/Storage/ConceptosGral/conceptos.html>).

En tal entendimiento, parte de la doctrina y la jurisprudencia entienden que, en tanto el seguro obligatorio tiene como finalidad principal beneficiar a la víctima de un accidente de tránsito, justamente, al cuadrar específicamente en las amplias pautas del art. 1 de la Ley de Defensa del Consumidor (modificada por la Ley 26.361), en su carácter de beneficiario, es que el damnificado, quedaría tipificado como consumidor (de seguros) (Sobrino, Waldo; "Las Víctimas de Accidentes de Tránsito siguen siendo Consumidores en el Proyecto de Código", publicado en el Diario 'La Ley', de fecha 30 de Agosto de 2012.; Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 31; Fecha: 13/05/2004; Partes: "A., A. M. y otras c. G., D. G. y otro"; Publicado en: LA LEY 02/10/2006, 7, con nota de Carlos A. Gherzi; LA LEY 2006-E, 680, con nota de Carlos A. Gherzi; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I ; Fecha: 30/11/2004; Partes: "Cosentino, Pablo A."; Publicado en: RCyS2005, 861; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I; Fecha: 21/11/2005; Partes: "Quinsacara, Nicolás S."; Publicado en: LLGran Cuyo 2006 (junio), 639, con nota de Luis Armando Carello; LLGran Cuyo2006 (febrero), 127 - RCyS2006, 776; Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro ; Fecha: 29/03/2006; Partes: "Baffoni, Laura C. c. La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales"; Publicado en: LLPatagonia 01/01/1900, 579; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno; Fecha: 13/12/2006; Partes: "Obarrio, María P. c. Microómnibus Norte S.A. y otro"; Publicado en: LA LEY 20/12/2006, 3 - LA LEY2007-A, 168 - DJ27/12/2006, 1244 - RCyS2007, 605; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L ; Fecha:





31/10/2007; Partes: "Nieto, Nicolasa del Valle c. La Cabaña S.A."; Publicado en: RCyS2007, 1114; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L ; Fecha: 13/11/2007; Partes: "Fernández, María Teresa c. Transportes América S.A. y otros"; Publicado en: LA LEY 07/12/2007, 4 - LA LEY2007-F, 743 - RCyS2007, 1122; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M ; Fecha: 06/04/2009; Partes: "D´A., J. L. F. c. Microómnibus Norte S.A."; Publicado en: LA LEY 14/05/2009, 4, con nota de Waldo A. R. Sobrino; LA LEY 2009-C, 381, con nota de Waldo A. R. Sobrino; DJ07/10/2009, 2852; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J ; Fecha: 26/08/2010; Partes: "Gioncardo, María y otro c. Acosta Flores, Eri y otros"; Publicado en: La Ley Online; Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy; Fecha: 26/04/2011; Partes: "Laime, Carolina Luciana; Laime, Silvia Beatriz, Laime, María Fernanda y Palavecino, María Antonia c. Pacheco, Jorge Daniel, Ingeniería e Industrias y Paraná Seguros S.A. s/ Ordinario por daños y perjuicios"; Publicado en: La Ley Online; Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual 6° Nominación de Rosario ; Fecha: 05/08/2011; Partes: "Aimaretti, Diego A. c. Duarte, Horacio y Otros s/daños y perjuicios"; Publicado en: LLLitoral 2012 (febrero), 32, con nota de José María Fidelibus; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H ; Fecha: 12/08/2011; Partes: "Bustamante, Omar Rubén y otro c. Ortega, Santiago Nicolás y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)"; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C ; Fecha: 17/11/2011; Partes: Empresa Bartolomé Mitre s/ quiebra (s/ inc de verificación por González, Nélida); Publicado en: LA LEY 28/03/2012,11, etc.).

Sin embargo, dicha posición no resulta uniforme, en tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fecha 8 de abril de 2014, citado precedentemente en el presente dictamen, dictó la Sentencia "Buffoni, Osvaldo Omar vs. Castro, Ramiro Martín s/Daños y Perjuicios" (B. 915 XLVII), donde expresamente se indicó que "...el contrato de seguros rige la relación jurídica entre los otorgantes (Arts. 1137 y 1197 del Código Civil)", y que "...los damnificados revisten la condición de terceros... (Arts. 1195 y 1199 del Código Civil) (v.



considerando 9°). Dicha postura fue mantenida en los fallos “Flores” y “Díaz” con la nueva composición de la Corte.

Esta Fiscalía entiende, pese a lo señalado por la CSJN-, que los terceros beneficiarios de un seguro podrán ampararse por las normas que integran el sistema de protección jurídica de los usuarios y consumidores (art. 42 CN, ley 24.240, CCyC, y normativa reglamentaria).

En efecto, a dicha solución se arriba, siguiendo los lineamientos que la propia Corte instruye al decir que, el juicio de ponderación constituye una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley" apoyándose "en los principios de armonización, complementariedad y pleno significado de todas las disposiciones", constituyendo una herramienta de exégesis que debe ser utilizada no solo para resolver los llamados "casos difíciles" o los "grandes casos" de conflictos de derechos fundamentales de origen constitucional, sino también para resolver los "casos corrientes o cotidianos" (Doctrina de CS, 22/04/2008, CS, Fallos: 331:819; RCyS, 2008-860; LA LEY, 2008-C, 562; CS, 09/03/10, CS, Fallos: 333:203; CS, 07/02/2016, LA LEY 2006-B, 630 y JA 2006-II-696, voto Lorenzetti).

En igual sentido concuerdo con la Defensora de Menores ante la Cámara de Apelaciones, quien sostuvo al mantener el recurso interpuesto en primera instancia, que el marco tuitivo de consumo y en particular la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil por accidentes de circulación vial, dan cuenta de la intención central del legislador en la protección del sujeto con mayor vulnerabilidad en la convivencia social, a quien se le debe garantizar la reparación integral de los daños sufridos.

Todo lo expuesto me hace concluir sobre la revocabilidad del fallo en crisis y la procedencia de la acción directa con su correlato en la legitimación pasiva que ostenta la compañía de seguros demandada.

7. Cláusula de exclusiones de cobertura.





Como mencioné precedentemente, si bien tanto la sentencia de primera instancia, como los agravios de los recurrentes no han avanzado directa y minuciosamente sobre el control de constitucionalidad y los efectos de la cláusula de exclusión de cobertura por los daños producidos a parientes (3er grado de consanguinidad), que opuso como defensa la compañía de seguro en su contestación de demanda, no puedo omitir realizar y adelantar una breve referencia a la misma, advirtiéndole que incide sobre el futuro de las presentes actuaciones.

La exclusión de cobertura forma parte de la individualización del riesgo, lo que significa que, al momento del perfeccionamiento del contrato, deben identificarse los hechos (antecedentes) que puedan “realizar” el riesgo y, con ello, generar la obligación principal a cargo del asegurador.

Ello motiva la necesidad de delimitar el riesgo, lo que implica fijar con precisión los límites a los que se hallan sometidos los derechos y obligaciones de las partes (Compiani, María F. - Bielsa, José María, “La exclusión de cobertura por exceso de ocupantes en el seguro automotor. Causalidad”, IJ-DCCLXXI-647).

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia: “La determinación del riesgo en el contrato de seguro implica dos fases: a) la individualización de aquél, consistente en la indicación de la naturaleza del hecho de cuyas consecuencias se busca amparo y b) la determinación del riesgo que resulta de la fijación de límites concretos a ese riesgo”.

Las exclusiones de cobertura, de fuente normativa o convencional, se caracterizan por describir las hipótesis o las circunstancias en que el siniestro se halla fuera de la garantía asegurativa.

Con palabras distintas: la delimitación del riesgo consiste en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos; implica un no seguro, ausencia de tutela o garantía, la existencia de daños no asumidos” [conf. Soler Aleu, Amadeo, “El nuevo contrato de seguros”, Bs. As., ed. Astrea, p.



66; conf. in extenso Cam Civ y Com Junín, 9/3/2017 voto Dr Guardiola "Gómez, Mateo Jacinto c/ Delgado, Daniel Alfredo y Otro/a s/ Daños y Perj. Autom. s/ Lesiones (Exc. Estado)"].

La exclusión que en autos se plantea, esto es “exclusión por parentesco”, implica dejar fuera de cobertura a las personas enumeradas que no serán consideradas terceros damnificados, por lo que su reclamo no constituirá un siniestro aplicable a la póliza. Su finalidad es claramente moralizadora ya que tiende a evitar posibles fraudes.

En efecto, la cláusula de exclusión de cobertura por parentesco es invocada por las aseguradoras en el marco de procesos judiciales en los que la víctima de un siniestro formula un reclamo indemnizatorio, siendo ese el ámbito en el que podrá discutirse la validez de dicha disposición contractual.

Es decir, pese a que el art 68 de la ley 24.449 (Seguro Obligatorio de Automotores) ordena amparar a los “Transportados” y “No Transportados”, es que en los seguros se excluye de cobertura a los “Parientes (cónyuge y parientes hasta tercer grado)”, por daños de accidentes de tránsito.

Para sustentar esta exclusión, se hace referencia al riesgo moral, es decir a la posibilidad cierta que el propio asegurado pretenda realizar un fraude a la Compañía de Seguros

Sin embargo, la exclusión de cobertura analizada, impediría la realización del principio de indemnidad al que tiende la contratación del seguro automotor y la reparación a las víctimas del daño sufrido, principal razón que justifica la obligatoriedad de la contratación de un seguro de responsabilidad civil para estos supuestos, tal como fuera indicado en el apartado anterior.

En base a ello, esta magistrada considera que la exclusión en cuestión debería ser sometida al test de racionalidad, abusividad y correlativa constitucionalidad, en contraste con los derechos y garantías reconocidos a los usuarios y consumidores en el art. 42 de la CN, y con la reparación integral de la víctima del accidente de tránsito, por la que vela el seguro obligatorio dispuesto





en el art. 68 de la ley 24.449, sin que el criterio asumido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto impida su cuestionamiento por el órgano jurisdiccional.

8. Afectación de los derechos del niño. Hipervulnerabilidad. Convención de los Derechos del Niño. Ley 26.061.

Finalmente, y como núcleo central de la solución que se propicia en las presentes actuaciones, no se puede omitir que los derechos que se ven conculcados en la sentencia en crisis, -acceso a la justicia y la reparación integral de los daños y perjuicios-, afectan a un menor de edad, hipervulnerable.

Ello así toda vez que el accionante pertenece al grupo de sujetos doblemente vulnerables o, como lo denomina la sociología y cierta parte de la doctrina, sujetos hipervulnerables, determinando una intensificación del principio protectorio que gobierna los derechos del consumidor y de las/os menores de edad (Alterini, Atilio Aníbal, “Los contratos de consumo”, La Ley 1993-E, 105; Vázquez Ferreira, Roberto, “Turismo y defensa del consumidor” en Defensa del Consumidor, Lorenzetti, Ricardo Luis [dir.], Ábaco, 2003; Rinessi, Antonio J., “Consumidor informático”, La Ley 1995-A, 868; Wajntraub, Javier H., Protección Jurídica del Consumidor, LexisNexis - Depalma, 2004, Lexis Nº 3201/000565; Lima Marques, Claudia "Solidaridade na doença e na morte: sobre a necessidade de 'ações afirmativas' em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso" en Constituição, direitos fundamentais e direito privado, Organização de Ingo Sarlet, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003. p. 185 a 222; y Heineck Schmitt, Cristiano, “Prevención y reparación de daños al consumidor anciano en América Latina”, Revista Jurídica de Daños, 29-11-2012,IJ. Consumidores Hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo, Ed. Atlas, 2014).

En este sentido conforme la Res. 319/2020 -arts. 1 y 2- en los reclamos donde se vean involucrados derechos de niños, niñas u adolescentes, deberán ser consideradas causas de hipervulnerabilidad.



Ello obliga a quienes ejercen la magistratura, a realizar la integración e interpretación normativa a la que hice referencia en el punto 6.3 del presente dictamen, a la luz de lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño (ratificada por ley N° 26.061; con jerarquía constitucional, conf. art. 75, inc. 22 C.N.).

La ley 26.061 tiene por objeto regular cómo se hará efectiva la protección integral de los derechos de los niños que se encuentren en el territorio de la República Argentina; disponiendo expresamente que la Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad; declarando que los derechos y las garantías de los sujetos de esa ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles (art. 2).

Ello, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte; asegurando su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño (art. 1).

A su vez la ley define el “interés superior del niño”, indicando a tal fin que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (art. 3). Y establece el deber de los Organismos del Estado de garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; señalando que “la prioridad absoluta implica”, entre otras, la prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas (art. 5).

Esta Fiscalía General ha sostenido en casos similares a los traídos a consideración que la interpretación integrativa debe ser realizada de modo tal de no excluir unas normas en perjuicio de otras, ni vaciar de contenido a aquellas que se encuentran vigentes y





resultan de compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino, ni lleven a desconocer el orden jerárquico normativo establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional (v. dictamen N° 135.796, del 15/ 05/12 y dictamen N° 142.313, del 26/06/14).

Asimismo la Corte Federal en forma reiterada ha dicho que: "...los menores, máxime en circunstancias en las que se encuentra comprometida su salud y su normal desarrollo, a más de la especial atención que demandan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda" (Fallos: 327:2127; 331:2691 y 335:452). También ha dicho que la consideración primordial del interés del niño viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de casos que los involucran, proporcionando un parámetro objetivo que permite resolver las cuestiones en las que están comprendidos los menores, debiendo atenderse primordialmente a aquella solución que les resulte de mayor beneficio [en CSJ 344/2011, "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.E.. y L.R.H. de F")], doctrina de Fallos: 318:1269; 322:2701; 324:122 y 335:2242.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de todo niño, niña u adolescente "a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" (art. 19).

Por todo ello, teniendo en miras la necesidad de brindar una solución adecuada, conforme los instrumentos internacionales referenciados y especial tutela que plantea la situación de hipervulnerabilidad del accionante, es que la suscripta entiende que debe hacerse lugar a los recursos interpuestos por el accionante y la Defensoría de Menores, revocándose la sentencia de primera instancia.

9. Reserva de caso federal:

Para el caso de que se dicte una sentencia que afecte el derecho constitucional de acceso a la jurisdicción y defensa en juicio del menor consumidor hipervulnerable, formulo planteo de cuestión





federal y la reserva de ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía extraordinaria.

10. En estos términos dejo contestada la vista conferida.

Buenos Aires, febrero de 2021.

23.

