

Daños causados y sufridos por alumnos menores de edad durante la actividad educativa

Jorge M. Galdós y Ezequiel Valicenti

SUMARIO: I. Presentación. La actividad educativa como generadora de riesgos. — II. Los daños derivados del desarrollo de la actividad educativa. — III. Presupuestos comunes. Los requisitos generales del artículo 1767 del Código Civil y Comercial y otras determinaciones conceptuales. — IV. Diferencias entre los daños *sufridos* (el alumno dañado) y los daños *causados* por el alumno (el alumno dañante). — V. Las eximentes. — VI. Responsabilidades concurrentes. — VII. La obligación de contratar el seguro. — VIII. El caso de los establecimientos públicos y la responsabilidad especial del Estado. — IX. Conclusiones.

Las reglas y principios del microsistema de derecho del consumidor resultarán aplicables a la prestación de servicios educativos en la medida en que se configure una relación de consumo entre el alumno (como consumidor) y el establecimiento (como proveedor), conforme el diálogo de fuentes para armonizar la aplicación de las normas generales y las especiales. El art. 1767 del Cód. Civ. y Comercial constituye una solución especial que resulta aplicable en primer lugar y de modo preferente a otras normas generales del microsistema, como los arts. 5 y 40 de la Ley de Defensa del Consumidor.

I. Presentación. La actividad educativa como generadora de riesgos

Nos proponemos analizar las responsabilidades por los daños causados y sufridos durante el desarrollo de la actividad educativa.

El tema ya preocupaba a Vélez Sarsfield (art. 1117 original del Cód. Civil), quien cargó la responsabilidad sobre el director del establecimiento. Era una responsabilidad subjetiva y se fundaba en el deber de vigilancia del director (que era generalmente quien impartía las clases) sobre el alumnado. Luego, la ley 24.830 del año 1997 modificó el art. 1117 del Cód. Civil, adecuándolo más a la realidad de la práctica de enseñanza. La responsabilidad pesaba ahora sobre el “propietario” del establecimiento educativo y el factor de

atribución era objetivo. Más aún, se trataba de una responsabilidad agravada pues el responsable se liberaba únicamente con la prueba del caso fortuito (1). Luego de la reforma de 1997, el texto del art. 1117 expresaba:

“Art. 1117: 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”.

La norma que regula la cuestión en el Código Civil y Comercial recoge aquella modificación del año 1997, con algunas precisiones que habían sido advertidas por la doctrina. Su texto expresa:

“Art. 1767: Responsabilidad de los establecimientos educativos. El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito.

“El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora.

“Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria”.

Hoy la educación es una actividad que suele desarrollarse como una prestación de servicios (un “contrato de prestación de servicios educativos privados” o “contrato de enseñanza” (2)), organizada como una “empresa educativa” (3), que generalmente implica una relación de consumo (4) y tiene perfiles de masividad lo que implica gobernar una cantidad no menor de riesgos que se suscitan durante su desarrollo.

Si bien el proceso de enseñanza-aprendizaje no es en sí mismo una actividad riesgosa o peligrosa, lo cierto es que en el desarrollo de la actividad educativa los riesgos y los daños se multiplican. El incremento de la población alfabetizada y las mutaciones de la relación estudiante-profesor han complejizado la práctica educativa, lo que aumenta notoriamente la probabilidad de que ocurran daños. Los alumnos a menudo consti-

tuyen el epicentro generador de perjuicios, tanto para sus propios pares como para docentes o terceros ajenos al ámbito escolar. Además, durante el proceso de enseñanza-aprendizaje se emprenden ciertas actividades que pueden ser consideradas riesgosas o peligrosas por las circunstancias en que se realizan o por los medios empleados (p. ej. experimentos con materiales inflamables (5); juego en tobogán elevado en niños de pocos años de edad (6); la práctica de ciertos deportes como rugby (7) o equitación (8), etc.). En definitiva, la práctica educativa tiene riesgos propios.

Efectuando una observación preliminar, destacamos las principales continuidades e innovaciones entre el derogado art. 1117 del Código Civil —según la reforma de la ley 24.830— y el nuevo art. 1767 del Código Civil y Comercial (9).

	Art. 1117 Cód. Civ. (ley 24.830)	Art. 1767 Cód. Civ. y Com.	Continuidad/innovación
Supuestos comprendidos	“Daños causados o sufridos por alumnos menores de edad cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa”.	“Daños causados o sufridos por alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar”.	Los supuestos comprendidos son similares. Se incorporan los casos en que los menores “deban hallarse” bajo control, y se reemplaza la expresión “autoridad educativa” por “autoridad escolar”.
Legitimados pasivos	“Los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales”.	“El titular de un establecimiento educativo”.	El cambio en la denominación no afecta la calidad del responsable. Se precisa la legitimación pasiva. Se suprime la referencia al tipo de gestión que tiene el establecimiento educativo.

CONTINÚA EN PÁGINA 2

DOCTRINA. Daños causados y sufridos por alumnos menores de edad durante la actividad educativa

Jorge M. Galdós y Ezequiel Valicenti 1

NOTA A FALLO. Modelos industriales. Un año significativo en la jurisprudencia

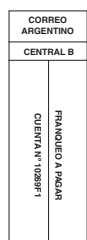
Mariano Municoy..... 8

JURISPRUDENCIA

DERECHOS SOBRE UN MODELO INDUSTRIAL. Cancelación. Acción de nulidad o recon-

vención. Vía procesal. Derechos sobre un modelo o diseño industrial (CS)..... 8

ROBO AGRAVADO. Sustracción de dinero de un cajero automático. Empleado de una compañía de caudales. Uso de llave que hubiese sido retenida. Solicitud de suspensión del juicio a prueba. Dictamen desfavorable del fiscal. Efecto vinculante. Rechazo de la pretensión. Razones de política criminal. Consideración de la modalidad ejecutiva (TS Córdoba, sala penal) 11



Daños causados y sufridos por alumnos menores de edad durante la actividad educativa

VIENE DE TAPA

	Art. 1117 Cód. Civ. (ley 24.830)	Art. 1767 Cód. Civ. y Com.	Continuidad/innovación
Establecimientos excluidos	“La presente norma no se aplicará a los establecimientos de nivel terciario o universitario”.	“Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria”.	Se corrige la inadecuada referencia a “nivel terciario” y se la reemplaza por “educación superior”, siguiendo la denominación utilizada en la Ley de Educación.
Factor de atribución	No se hace referencia expresa al factor de atribución.	“La responsabilidad es objetiva”.	Se incorpora la referencia expresa a la responsabilidad objetiva, recogiendo la opinión mayoritaria.
Eximentes	Los propietarios serán responsables “salvo que probaren el caso fortuito”.	El titular “se exime sólo con la prueba del caso fortuito”.	Se mantiene únicamente la referencia al caso fortuito y se incorpora la expresión “sólo” para reforzar la limitación.
Seguro obligatorio	“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”.	“El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora”.	Se mantiene la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil. Se corrige la inadecuada referencia a las “autoridades jurisdiccionales” y se fija a la “autoridad en materia aseguradora” como la responsable de fijar los requisitos del seguro.

II. Los daños derivados del desarrollo de la actividad educativa

El tema es analizado normalmente como la “responsabilidad de los establecimientos educativos”. Desde una visión un poco más amplia, en el desarrollo de la actividad educativa se generan una cantidad de hechos dañinos que pueden ser ordenados en categorías. Veamos las hipótesis:

a) daños *causados* por alumnos menores (el alumno dañante(10)): el daño puede ser ocasionado a otro alumno, a un dependiente del establecimiento, o a un tercero ajeno a la institución. El perjuicio es provocado por el *hecho del alumno* (tanto si es voluntario, con culpa o dolo, como si es involuntario), y puede afectar la persona o el patrimonio del

dañificado(11). Según nos parece, quedan comprendidos además los casos en que el perjuicio es causado por el riesgo o vicio de las cosas de las cuales el alumno es dueño o guardián. Este grupo de casos está comprendido en la norma especial del art. 1767 del Cód. Civ. y Com.

b) daños *sufridos* por alumnos menores (el alumno dañado): el evento dañoso puede provenir del hecho de otro estudiante, de un dependiente del establecimiento (docente, preceptor, auxiliar, etc.), de un tercero ajeno a la institución (proveedores, padres de los alumnos, etc.), del riesgo o vicio de las cosas empleadas durante la actividad educativa (p. ej. un machete utilizado para cortar amarras que produce el corte del dedo pulgar del menor que lo manipulaba(12), una cepilladora

eléctrica usada por un alumno durante un taller en una escuela de educación técnica que le produjo la amputación de un dedo(13), una barra de madera móvil sin patas destinada a la práctica de gimnasia y danza que se desprendió abruptamente sobre una alumna que pasó a su lado(14), del riesgo o vicio de las instalaciones (p. ej. de una caja de electricidad de alta tensión ubicada en el muro perimetral del establecimiento que produjo la electrocución de un menor de 5 años de edad que se acercó y la tocó(15), de una campana ubicada en el establecimiento que cayó sobre el menor que jugaba con ella(16)), o de la participación en actividades riesgosas desarrolladas como parte de las prácticas educativas o recreativas. Esta hipótesis también se encuentra abarcada en el art. 1767 del Cód. Civ. y Com.

c) daños que el alumno *se causa a sí mismo* (el alumno auto-dañado): en cierta manera es una yuxtaposición de las dos hipótesis anteriores. El daño proviene del hecho del propio alumno, sea o no culposo (p. ej. la alumna que ingresa corriendo al aula y se choca la puerta de vidrio(17)). La dificultad principal radica en delimitar los casos que constituyen un “hecho del damnificado” que puede eventualmente operar como eximente (art. 1729, Cód. Civ. y Com.). Lógicamente, estos supuestos también quedan comprendidos en el art. 1767.

d) daños provocados por *incumplimientos* del contrato de servicios educativos: esta categoría incluye aquellos casos en que se verifica un incumplimiento de la obligación principal del contrato de servicios de educativo (o contrato de enseñanza). Ha sido definido como aquel que se configura en una parte denominada establecimiento o institución estatal —que se obliga a desarrollar, en un contexto de organización empresarial, procesos de enseñanza-aprendizaje— y otra parte llamada educando u obligado —que se compromete a colaborar en la ejecución del proceso de enseñanza-aprendizaje, asumiendo o no el pago de una suma de dinero por ellos—(18). Estos supuestos incluyen los daños provenientes del incumplimiento de la obligación principal, esto es brindar la enseñanza prometida según el tipo de educación contratada, pero también los derivados de ciertos deberes colaterales. Así, el establecimiento será responsable por los defectos en la calidad de la enseñanza prometida, por los incumplimientos en el proceso de titulación (por ej. se responsabilizó a la Universidad que extravió la tesis final de maestría que debía remitir a una Universidad extranjera

y únicamente envió un resumen ejecutivo que fue desaprobado(19)), o por los incumplimientos de las características del servicio publicitadas (p. ej. se condenó al instituto de capacitación que anunció en avisos publicitarios que el curso de *personal training* ofrecido tenía validez oficial y, a la postre, el título entregado a los estudiantes incluía la leyenda “curso no formal sin validez oficial”(20)). También pueden incluirse los casos relativos al *acceso* al contrato, en particular, cuando los establecimientos invocan un “derecho de admisión” para negar la inscripción o la reingreso de los estudiantes a los establecimientos educativos(21). La cuestión, que excede nuestro comentario, debe juzgarse en función de la *razonabilidad* del criterio de distinción utilizado por el establecimiento para invocar la negativa a la solicitud de admisión(22).

e) daños causados o sufridos por los alumnos cuando la actividad educativa se desarrolla en un establecimiento público: los casos quedan atrapados por el microsistema de responsabilidad del Estado (art. 1764, Cód. Civ. y Com.; ley 26.994)(23).

Como lo anticipamos nos concentraremos sólo en las hipótesis comprendidas en el art. 1767, es decir los daños que causa o que sufre el alumno que se encuentra bajo la autoridad escolar (casos en los que el alumno es dañante o dañado). Trataremos, en primer lugar, los requisitos generales comunes a todos los casos, y luego las diferencias que se verifican en cada hipótesis.

III. Presupuestos comunes. Los requisitos generales del artículo 1767 del Código Civil y Comercial y otras determinaciones conceptuales

En primer lugar destacamos los requisitos o presupuestos comunes para que proceda la responsabilidad del titular del establecimiento. Para ello se requiere: a) hecho del alumno dañante, o perjuicio del alumno dañado; b) que se trate de un estudiante menor de edad (las hipótesis de estudiantes mayores no están contempladas por la norma); c) que el daño se produzca cuando el alumno se encontraba o debía encontrarse bajo el control de la autoridad escolar; d) que se trate de un establecimiento educativo que preste servicios según el sistema educativo nacional, provincial o municipal, o que constituya un establecimiento asimilable por hallarse organizado como una empresa educativa(24). Además, tanto los daños causados como los sufridos por alumnos tienen el mismo legitimado pasivo: el titular del establecimiento educativo.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Para el desarrollo de los antecedentes remitimos a KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997”, LA LEY, 1998-B, 1047; SAGARNA, Fernando A., “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial”, RCyS, 2015-IV, p.255, y en MÁRQUEZ, José F. (Dir.), “Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, Ed. Zavalía, Córdoba, 2015, t. 2, p.177 y ss.; ANDRADA, Alejandro D., “Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos y de los docentes”, LA LEY, 1998-E, 1242; PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, t. 5, p. 564; entre otros.

(2) HERNÁNDEZ, Carlos A., “Régimen jurídico de los servicios educativos privados. Consideraciones desde la perspectiva del derecho contractual”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2005-1 (Contratos de servicios I), p.297.

(3) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. IX: Responsabilidad de la empresa, p.314.

(4) SAGARNA, op. cit.; LOWENROSEN, Flavio, “Los usuarios de los servicios de educación y salud pública, deben ser considerados consumidores

en los términos de la ley 24.240”, eDial.com, cita: DC2120.

(5) CNCiv., sala I, “Sas, María G. y otros c. Escuela Natan Gesang”, 16/3/2004, RCyS 2004, p.1155.

(6) CNCiv., sala K, “Corfield, Carlos A. y otro c. Plaul, Adriana G. y otros”, 20/12/2004, LA LEY 2005-B, 473; CCiv. y Com. Azul, sala II, “De Arzave, Emmanuel M. y Ocampos, Melina en representación de A., M. C. c. Centro Empleados de Comercio”, 21/4/2014, inédito.

(7) CNCiv., sala C, “Grasso, Eduardo M. y otro c. Colegio Galilei Galilei SAE”, 4/9/2007, eDial.com, cita: AE22E0.

(8) CNCiv., sala I, “Failace, Diego c. Fundación Equus Fidei”, 4/5/2000, RCyS 2000, p.371.

(9) Ver asimismo, VILLAGRÁN, Santiago, “La responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos en el Proyecto de Código”, LA LEY 2013-A, 635; y MOEREMANS, Daniel, “Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos. Su regulación en el Nuevo Código Civil”, eDial.com, cita: DC1E24.

(10) Nuestra alusión a “alumnos dañantes” y a “alumnos dañados” retoma la clasificación propuesta por Jorge MAYO y Alberto BUERES (conf. “Menores dañantes y menores dañados [Enfoque general]”, *Revista de Derecho de Daños*, 2002-2, p.69.

(11) SAGARNA distingue “La causación del ilícito puede darse con culpa del menor de edad mayor de 10

años (art.1724, CCC) o bien por ser el causante un menor de 10 años de edad (art. 261, inc.b), CCC: acto involuntario del menor de edad que no ha cumplido 10 años) o el menor de edad estar privado de la razón (art. 261, inc. a), CCC: acto involuntario del privado de la razón al momento de cometer el ilícito) pero su hecho podrá resultar objetivamente antijurídico” (SAGARNA, op. cit.).

(12) CNCiv., sala C, “R. G., L. E. c. Scout de Argentina Asociación Civil”, 7/4/2011, Rubinzal Online, cita: RCJ 9728/11.

(13) CCiv. y Com., San Isidro, sala I, “Rodríguez, Víctor c. Dirección Nac. de Escuelas y Cultura de la Prov. de Bs.As.”, 18/9/1997, LLBA, 1998, 832 con nota de SAGARNA, Fernando.

(14) Sup. Trib. San Luis, “Domínguez, Stella M. y otro por sí y en rep. de su hijo menor c. Soc. Italiana y otro”, 8/7/2010, LLGran Cuyo, 2010-octubre, p.866.

(15) CNCiv., sala F, “González, Pedro R. y otro c. Miniphone SA y otro”, 23/12/2003, RCyS 2004, p.448 con nota de Eduardo Sambrizzi.

(16) C5ª Civ. Com. Minas Paz y Trib., Mendoza, “Fernández, Jorge A. c. Dirección General de Escuelas”, 3/3/2010, LA LEY Gran Cuyo, 2010-Agosto, p. 709.

(17) C2ª Ap. Civ., Com., Minas, de Paz y Trib. Mendoza, “Calibar, Carla S. c. Dir. Gral. de Escuelas”, del 08/11/2005, LA LEY Gran Cuyo, 2066-Febrero, p.110.

(18) HERNÁNDEZ, Carlos A. - TRIVISONNO, Julieta

B., “Perspectivas contractuales de los servicios educativos privados. Una mirada desde el Código Civil y Comercial unificado”, *Revista Derecho Privado*, Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año III, n°10, p.85.

(19) CNCiv., Sala C, “Gómez Villafañe, Gustavo R. c. Escuela de Economía y Negocios Internacionales de la Universidad de Belgrano y otro”, 30/10/2014, eDial.com, cita: AA8F57.

(20) C2ª Civ. Com. Minas, de Paz y Trib. Mendoza, “De Luca, Leticia c. Instituto de Capacitación Laboral Proform”, 11/6/2013, Rubinzal Online, Cita: RCJ 14189/13.

(21) CS, Salta, “B., S.; P. B., R. M. c. C. P. S. A.”, 4/6/2016, eDial.com, Cita: AA96C3; CCiv. y Com. Junín, “L., M. I. y D. P., M. c. I. C. M.”, 3/7/2007, RCyS 2007, p.533; entre otros.

(22) Ver el desarrollo efectuado por HERNÁNDEZ -TRIVISONNO, op. cit., ps.94 y ss. con un abundante análisis de jurisprudencia.

(23) Conf. GALDÓS, Jorge M. (con la colaboración de BLANCO, Gustavo H.), “La responsabilidad del Estado en la ley 26.994 por el daño causado por las cosas de su propiedad”, RCyS 2014-12 (diciembre), p.20.

(24) Comp. los presupuestos enumerados SAGARNA, op. cit. y PIZARRO, Ramón D., “Tratado de la responsabilidad objetiva”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. II, p.471.

a) hecho del alumno dañante, o perjuicio del alumno dañado.

El art. 1767 del Cód. Civ. y Com. contempla las figuras del alumno dañante y del alumno dañado. Es decir, se requiere que el alumno sea el que desarrolle el hecho que causa el daño o la víctima de un daño sufrido mientras se encontraba o debía encontrarse bajo la autoridad escolar.

Con referencia al alumno como agente dañante, vale destacar que la norma exige simplemente el hecho del alumno, es decir, no interesa si se trató de un acto voluntario —producido por culpa o dolo— o de un acto involuntario. Además, quedan comprendidos los supuestos en los que el daño es causado por el riesgo o vicio de la cosa de la que el alumno dañante es dueño o guardián. En cambio, están excluidos los casos en que terceros (ajenos o no al establecimiento) resultan dañados por una causa diferente al hecho del alumno. Por ello acertadamente en un caso se dijo que la responsabilidad de un colegio por los daños sufridos por la madre de un alumno que participaba de un juego en una fiesta escolar no debía analizarse bajo el art. 1117 del Cód. Civil, sino bajo el viejo art. 1113 del Cód. Civil (25).

En la segunda hipótesis prevista —el alumno dañado— el perjuicio puede tener causa en: a) el hecho de otro alumno; b) el hecho de un tercero perteneciente a la institución; c) el hecho de un tercero ajeno al establecimiento; d) el riesgo o vicio de las cosas empleadas en las actividades educativas, o el hecho de las cosas que se encuentran en el establecimiento educativo; e) la participación en actividades riesgosas desarrolladas como parte de las prácticas educativas o recreativas.

Además, el menor podría ser autor de su propio daño (alumno auto-dañado), caso en el cual cobra especial relevancia el debate sobre si el hecho del damnificado (comúnmente llamado culpa de la víctima) puede o no ser una eximente que libere de responsabilidad al titular del establecimiento.

b) que se trate en estudiante menor de edad.

Como surge del enunciado normativo del art. 1767 del Cód. Civ. y Com., los alumnos comprendidos, sean dañantes o dañados, deben ser menores de edad. Se ha observado que la norma excluye los daños sufridos por alumnos mayores de edad, quienes también podrían ser víctimas del insuficiente cumplimiento del deber de seguridad a cargo de cualquier establecimiento que ofrece y presta servicios educativos (26). Según nos parece, la observación se supera a partir de la constitucionalización del derecho privado y del diálogo de fuentes entre el sistema general del Código Civil y Comercial y los microsistemas, principalmente el de defensa del consumidor. La norma trata únicamente los casos de alumnos menores de edad, lo cual no significa que los daños provocados a un estudiante mayor de edad en el marco del desarrollo de actividades educativas queden excluidos del resarcimiento. Lo que ocurre

es que no deberá fundarlo en el art. 1767 del Cód. Civ. y Com. sino en otras normas aplicables, sean de la responsabilidad civil en general o del microsistema del consumidor —si se concluye que el contrato de servicios educativos se emplaza en esa tipología—. Al tratarse de una relación de consumo, operan las reglas micro sistémicas, especialmente las que consagran el deber de seguridad (art. 42 CN, art. 5 LDC), y las que instrumentan un régimen de responsabilidad civil basado en la responsabilidad objetiva del proveedor (arts. 40, 19 y conec., LDC).

c) que el daño se produzca cuando el alumno se encontraba o debía encontrarse bajo el control de la autoridad escolar.

La responsabilidad recaerá sobre el titular del establecimiento siempre que los estudiantes (menores de edad) “se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar”. La norma recoge una observación que Kemelmajer de Carlucci había efectuado a la redacción del art. 1117 del Cód. Civil el que, luego de su reforma, refería únicamente a los casos en que los menores “se hallen bajo el control de la autoridad educativa”. Con la adición de la nueva expresión (“deban hallarse”) se ha expandido su alcance. La expresión requiere identificar su extensión material (¿qué personas ejercen la autoridad escolar?), su extensión temporal (¿cuándo empieza y cuándo acaba el control ejercido por la autoridad?) y su extensión espacial (¿en qué sitios puede ejercerse el control de los estudiantes por la autoridad?).

Respecto del ámbito material, entendemos que constituyen autoridad escolar los dependientes del titular (directivos, maestras, profesores, porteros, preceptores, bibliotecarios, empleados administrativos). Excepcionalmente, pueden también constituir “autoridad escolar” ciertos terceros (generalmente padres) que asumen en determinados casos facultades de dirección y autoridad sobre los alumnos (el ejemplo típico es el padre que acompaña al docente en una “salida escolar” de visita a otra institución). Es decir, los estudiantes “deben encontrarse sujetos a las instrucciones ya sea de sus maestros, o de personas designadas por el establecimiento educativo con motivo de actividades extraescolares, como podría ser una excursión” (27).

El ámbito temporal y espacial ha sido considerado con criterios amplios por la jurisprudencia, extendiendo la responsabilidad del establecimiento aun cuando los daños sufridos o causados por alumnos se producen fuera de establecimiento o en horarios previos o posteriores a los fijados por la autoridad para el desarrollo de las actividades educativas. Así por ejemplo, se aplicó la responsabilidad especial del art. 1117 del Cód. Civil (ahora, art. 1767, Cód. Civ. y Com.) a los daños sufridos por un alumno que fue embestido por un transporte escolar al salir del establecimiento al que asistía (en el caso se ponderó además que el alumno había egresado antes del horario habitual sin haber notificado la circunstancia a los padres) (28). En otro precedente similar (daño sufrido por

accidente de tránsito a la salida del colegio) se consideró que no había transcurrido un considerable tiempo desde el horario de salida, lo que obligaba a los docentes a ejercer la guarda sobre los alumnos (29). También se entendió comprendido el caso en que un alumno fue dañado por una campana mientras jugaba en el establecimiento luego de culminado el horario escolar, considerando que aún se encontraba bajo su esfera de control (30) y por los daños que sufrió un estudiante que concurrió al establecimiento un día sábado, pues se encontraba bajo vigilancia de un profesor (31). Con la nueva norma no caben dudas de que también quedan incluidos los supuestos en que el alumno se escapa de la escuela o se sustrae al control de la autoridad (por ejemplo durante un paseo escolar) (32), y que resultará responsable el titular del establecimiento cuando le impide el ingreso al estudiante como el caso resuelto en el que un menor fue impedido de ingresar al lugar donde desarrollarían las prácticas de educación física y permaneció jugando sobre las vías de tren próximas al lugar, resultando embestido por la formación (33).

En definitiva, se impone una interpretación amplia y flexible de la expresión normativa del art. 1767 del Cód. Civ. y Com., considerando las circunstancias de tiempo y lugar de un modo razonable y acorde con su fin tuitivo. Recordemos que el fundamento actual de la responsabilidad no radica en el deber de vigilancia del docente o del director —como en el régimen por culpa original del código velezano— sino que se trata de una garantía de indemnidad de origen legal que presupone el poder control que debe ejercer la autoridad educativa, en el que no importa si efectivamente pudo o no controlar, sino si debía hacerlo.

d) que se trate de establecimiento educativo que preste servicios según el sistema educativo nacional o provincial, o que constituya un establecimiento asimilable por hallarse organizado como una empresa educativa.

Aquí cabe preguntarse qué establecimientos educativos quedan comprendidos en art. 1767 del Cód. Civ. y Com. En su título, la norma se refiere a la responsabilidad de los “establecimientos educativos”. Sin embargo su amplitud inicial queda recortada a partir de dos grandes grupos de situaciones excluidas: a) los daños originados en establecimientos de educación superior o terciaria (art. 1767, 3º párr.); b) los producidos en establecimientos educativos de propiedad del Estado (art. 1765, Cód. Civ. y Com.; ley 24.994).

Ahora bien, dentro del grupo de casos que quedan alcanzados por el art. 1767 del Cód. Civ. y Com., la noción de “establecimiento educativo” admite, cuanto menos, dos interpretaciones. Una interpretación estricta limita la responsabilidad a los establecimientos educativos comprendidos en alguna instancia de la “educación formal”, es decir los reglados por la Ley de Educación (ley 26.206). Por ello, y siguiendo esta postura, a los establecimientos excluidos —entre los que se mencionan los centros de idiomas, las colonias de vaca-

ciones, las academias de música, los gimnasios, y las academias de artes— se les aplicaría la responsabilidad objetiva del art. 1723 del Cód. Civ. y Com. y no tendrían obligación de contratar seguro (34). En cambio, la interpretación amplia extiende la responsabilidad del art. 1767 del Cód. Civ. y Com. —y del anterior 1117, Cód. Civil— a otros supuestos en los que se imparta educación de cualquier tipo, aunque no se encuentre enmarcada en la Ley de Educación, siempre que la prestación se desarrolle bajo una organización de tipo empresaria (35), por lo que se incluye a los establecimientos en los que se enseña idiomas, deportes, computación, conducción de un vehículo, etc. (36).

La jurisprudencia ha seguido esta perspectiva amplia considerando incluidos bajo el viejo art. 1117 del Cód. Civil los casos en que los daños sufridos por alumnos se produjeron en un “centro de día” especial para personas discapacitadas (37), en un centro de scouts (38), en un jardín maternal (39), durante una “colonia de vacaciones” (40), en el dictado de “catequesis” en una parroquia (41), durante la práctica de gimnasia artística en un club deportivo (42), o mientras se desarrollaba la enseñanza de equitación en un club (43).

Por nuestra parte participamos de una postura ecléctica según la cual la norma se aplicará —como regla general— a los establecimientos que imparten educación según los planes y las modalidades de enseñanza fijada en la Ley de Educación, o en las reglamentaciones fijadas por las provincias. Esto comprende los establecimientos privados y a los “semi-públicos” —es decir, los que poseen gestión privada aunque con asistencia de fondos públicos—. Los estatales o públicos quedan, en principio, excluidos por la aplicación de la ley especial de responsabilidad del Estado. Excepcionalmente, se aplicarán las reglas del art. 1767 del Cód. Civ. y Com. a aquellos establecimientos que: a) presten servicios educativos a menores de edad, en el marco de la Ley de Educación; b) se encuentren organizados bajo cierta forma empresarial.

Por ello quedan excluidos aquellos casos en los que la prestación de servicios no se produce mediante una organización empresarial (por ejemplo, la “maestra particular”, o el profesor de música que enseña en privado).

III.1. El titular del establecimiento como legitimado pasivo

El art. 1767 del Cód. Civ. y Com. indica un legitimado pasivo común para los daños causados y sufridos por alumnos menores de edad: el “titular” del establecimiento educativo. El art. 1117 del Cód. Civil, luego de la reforma de 1997, utilizaba la expresión “propietario”, dejando de lado el viejo sistema que responsabilizaba al “director” del establecimiento. El régimen vigente carga la responsabilidad sobre el titular del establecimiento, es decir, sobre quien posee facultades de dirección

● CONTINÚA EN PÁGINA 4

{ NOTAS }

(25) CNCiv., sala G “Castro, Mabel H. c. Asociación Católica Irlandesa (Colegio Mons. Dillon)”, LALEY 2013-D, 376.

(26) HERNÁNDEZ - TRIVISONNO, op. cit., p. 106. En el mismo sentido, TALE, Camilo, “Responsabilidad civil de los padres por daños causados por sus hijos menores de edad y de los propietarios de establecimientos educativos por daños sufridos por sus alumnos y por daños causados por éstos, en el Código Civil vigente y en el Proyecto de nuevo Código”, *Revista de Derecho de Daños*, 2014-2, p. 134.

(27) SAMBRIZI, Eduardo A., “La responsabilidad de los propietarios de Establecimientos Educativos en el nuevo artículo 1117 del Código Civil”, ED 176-853.

(28) C. Civ. y Com. 1º Nom. Santiago del Estero, “Ruiz,

Víctor H. y otra c. Romero, Diego E.”, 18/4/2013, LALEY online, cita AR/JUR/21743/2013.

(29) CNCiv., sala H, “C., J. del C. y otro c. Vázquez, Gonzalo y otros”, 18/12/2007, LALEY 2008-C, 30. En similar sentido, aunque responsabilizando en un 50% a los padres, CCiv. y Com. San Martín, sala I, “Castro, Mónica K. c. Calvete, Norma”, 9/12/2004, LLBA 2005 (agosto), 872.

(30) C5ª Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, “Fernández, Jorge A. c. Dirección General de Escuelas”, cit.

(31) CNCiv., sala B, “M. C., P. E. c. G., M. y otros”, 26/6/2008, en RCyS, 2008-IX, p. 50.

(32) Con similar opinión, SAGARNA, op. cit.

(33) Juzg. Nac. Civ. N°3, “Fernández, Gustavo G. c. G. C. B. A. - Secretaría de Educación s/daños y perjuicios”,

4/11/2011, LALEY Online, cita: AR/JUR/99888/2011.

(34) SAGARNA, op. cit. En el mismo sentido, VILLAGRÁN, op. cit.; TALE, Camilo, op. cit. p. 128. Sambri excluye las “guarderías”, salvo que en las mismas se preste un servicio de carácter educativo (op. cit.).

(35) KEMELMAJER de CARLUCCI, op. cit.; HERNÁNDEZ, op. cit., p. 302; ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños 4. Presupuestos y funciones del Derecho de daños”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 682; PIZARRO, op. cit., p. 467.

(36) MOEREMANS, op. cit.

(37) CFed. Civ. y Com. Junín, “G., M. D. C. c. D., M. E. y otros”, 15/11/2011, RCyS 2012-II, p. 18.

(38) CNCiv. sala C, “R. G., L. E. c. Scout de Argentina Asociación Civil”, 7/4/2011, Rubinzal Online, cita: RC J

9728/11. En igual sentido, CNCiv., sala H, “R. S. M. L. y otro c. Pequeña Obra de la Divina Providencia y otros”, 23/3/2016, Microjuris, cita: MJJ98167.

(39) C2ª Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, “Paz, Marcos H. y otros ambos P. S. H. M. M. L. c. Municipalidad de Guaymallén y otros”, 28/10/2015, LLGran Cuyo 2016 (mayo), p. 209.

(40) CNCiv., sala H, “G. R., J. H. y otros c. C., V. J. y otros”, 2/6/2014, RCyS, 2015-II, 98.

(41) CNCiv., sala J, “Ibáñez, Margareth c. Arzobispado de Buenos Aires”, 29/3/2012, JA, 30/5/2012, p. 42.

(42) ST, San Luis, “Dominguez, Stella M. y otro por sí y en rep. de su hijo menor c. Soc. Italiana y otro”, cit.

(43) CNCiv., sala I, “Failace, Diego c. Fundación Equus Fidei”, 4/5/2000, RCyS 2000, p. 371.

VIENE DE PÁGINA 3

y organización de la “empresa” educativa. El titular, según Kemelmajer de Carlucci y Sagarna, es el organizador de la educación, quien emprende el servicio educativo (44). El supuesto normativo está emparentado con el art. 1758 del Cód. Civ. y Com. que responsabiliza por el daño causado por la actividad riesgosa o peligrosa a quien “la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros”, por lo que la noción es cercana a la de “titular de la actividad riesgosa” que causa daños (art. 1758, cit.) (45). Cabe aclarar que el titular no necesariamente debe coincidir con el “director” académico y administrativo de la escuela —aun cuando por su función pueda tener ciertas facultades de dirección y organización de la prestación del servicio educativo— ni con quien es el propietario del inmueble en el que se desarrolla la actividad. Ello no quita que, como veremos luego, las responsabilidades del director o del propietario del inmueble puedan concurrir con la del titular del establecimiento.

IV. Diferencias entre los daños sufridos (el alumno dañado) y los daños causados por el alumno (el alumno dañante)

Si bien el legislador incluyó todas las hipótesis de daños generados en ocasión de la enseñanza, la uniformidad del tratamiento no puede borrar las diferencias que existen entre las dos hipótesis centrales (el alumno dañado y el alumno dañante). Las diferencias entre ambos supuestos —muchas de las cuales han sido advertidas por la doctrina y la jurisprudencia anterior— son las siguientes:

a) El fundamento de la responsabilidad:

Según la opinión mayoritaria, cuando se trata de daños sufridos por el estudiante la responsabilidad objetiva se funda en una garantía legal según la cual el titular del establecimiento educativo debe asegurar que el desarrollo de la actividad de enseñanza no implicará daños para el estudiante (46). La responsabilidad es objetiva (arts. 1721, 1722, 1723 y concs., Cód. Civ. y Com.).

En cambio, cuando se trata de daños causados por el estudiante a terceros (que no son otros estudiantes, pues ello nos volvería a la hipótesis anterior) la responsabilidad, también objetiva, se encuentra más próxima al riesgo de empresa. Es decir, si bien el proceso de enseñanza-aprendizaje no constituye en sí mismo una actividad riesgosa o peligrosa (salvo que las circunstancias en que se realiza o los medios empleados la tornen riesgosa), lo cierto es que en la actualidad la actividad educativa se realiza con una dinámica que no es ajena a la producción de daños, tanto para quienes participan en ella (alumnos, docentes, preceptores y dependientes en general), como para quienes normal o casualmente resultan alcanzados por sus efectos (ej. el proveedor que ingresa al

establecimiento; el padre que visita el colegio; el transeúnte que pasa por la calle y es agredido desde el interior). Es decir, cuando los daños son causados por alumnos el fundamento de la responsabilidad parece más cercano al riesgo de empresa (47): quien organiza la empresa y obtiene provecho de ella debe responder por los daños que normalmente se generan (arg. art. 1758). La diferencia de fundamentos es advertida por Sagarna para quien “la norma fue concebida para responsabilizar por el hecho de otro que debe estar controlado, como si fuera un hecho propio, y para garantizar la indemnidad del alumno a cargo” (48).

b) La naturaleza de la responsabilidad:

Durante la vigencia del art. 1117 del Cód. Civil reformado por la ley 24.830, la doctrina debatió si la responsabilidad es contractual o extracontractual. Sumariamente: una postura entendía que todas las hipótesis eran de fuente contractual (49); otro criterio distinguía según el establecimiento fuere privado —caso en el cual la responsabilidad es contractual— o público —hipótesis en la cual la responsabilidad se considera extracontractual— (50). Para Sagarna la discusión quedó sin efecto con la unificación de regímenes por el Código Civil y Comercial, por lo que la responsabilidad es ahora *ex lege*, haya o no contrato de enseñanza de por medio (51). Más allá del debate previo, coincidimos con esta última postura: las hipótesis del art. 1767 del Cód. Civ. y Com. reconocen ahora un mismo fundamento de origen legal, con lo cual la norma materializa la unificación general de la responsabilidad civil.

c) La relación de consumo:

Como ya lo hemos anticipado, las reglas y principios del microsistema del consumidor pueden resultar aplicables a la relación de consumo. Por un lado, el alumno será un consumidor en virtud de utilizar como destinatario final el servicio de enseñanza, aun cuando no sea parte contratante del servicio, sino el tercero beneficiado con la prestación (art. 1092, Cód. Civ. y Com.; art. 1, LDC). Por otra parte, no caben dudas de que los establecimientos educativos alcanzados por el art. 1767 del Cód. Civ. y Com. quedan comprendidos en la noción de proveedor, pues se trata de una *empresa educativa*, que ofrece y presta servicios de forma profesional (art. 1093, Cód. Civ. y Com.; art. 2, LDC).

Por lo tanto, cuando se trata de daños sufridos por el alumno que constituye un consumidor o usuario de una relación de consumo, las reglas de la responsabilidad civil deben dialogar con las propias del microsistema de consumo. Específicamente, la solución del art. 1767 del Cód. Civ. y Com. debe ser vista como una *solución especial* que prevalece frente a las reglas generales que integran el microsistema (art. 5 y 40, LDC; art. 42, CN). En el marco del *diálogo de fuentes*, se trata de un “diálogo sistemático de subsidiariedad”,

que resuelve la convergencia de normas mediante una aplicación coordinada: primero se agota la aplicación de una ley o norma, y después —en lo pertinente— se aplica conjunta y subsidiariamente la otra (52). En otras palabras, la responsabilidad especial fijada en el art. 1767 debe ser vista como una regla particular que concretiza los principios generales contenidos en otras normas propias del microsistema, y por ello, aun cuando se trate de una relación de consumo, su aplicación es preferente a otras normas más generales. Es decir, se trata de una aplicación concreta del diálogo de fuentes, sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Suprema: la obligación de seguridad, que tiene origen constitucional (art. 42 CN), se materializa en la norma particular e infraconstitucional que regule la cuestión, lo que además determina que sea de medios o de resultado (53).

d) La finalidad de la norma (el sujeto protegido):

Por último, aunque vinculado a los fundamentos de la responsabilidad del titular del establecimiento educativo, cuando se trata de daños sufridos por el menor, el sujeto protegido es el estudiante. La garantía impuesta por ley procura asegurar la indemnidad del alumno durante el desarrollo de las actividades educativas (54). Cuando se trata de daños causados por el estudiante, la finalidad es distinta, pues no se tutela la integridad física del alumno, sino que se pretende facilitar a la víctima del daño ocasionado con motivo de la prestación del servicio educativo —organizado como empresa—, un régimen especial que le permita obtener un responsable determinado y solvente. Rigen los mismos fundamentos que caracterizan la responsabilidad por riesgo creado general y actividades riesgosas y peligrosas en particular: quien introduce un daño en la sociedad, está obligado a prevenirlo y evitarlo, y en su caso a repararlo (doct. arts. 1710 a 1713, 1757, 1758 y concs., Cód. Civ. y Com.).

V. Las eximentes

El art. 1767 del Cód. Civ. y Com. determina que el titular del establecimiento educativo se libera “solo con la prueba del caso fortuito”, de modo similar al art. 1117 del Cód. Civil luego de su reforma. La doctrina discutió si la norma pretendía limitar las eximentes al caso fortuito (55) o si eran permitidas otras causas de interrupción del nexo causal como la culpa (hecho) de la víctima o el hecho de un tercero por el que el titular del establecimiento educativo no debe responder (56). El art. 1767 agregó a la frase la palabra “sólo”, lo que para algunos significa el definitivo triunfo de la postura restrictiva (57).

En nuestra opinión —que en rigor recoge las ideas de Kemelmajer de Carlucci— el debate se aclara si, una vez más, distinguimos los supuestos comprendidos en el texto normativo: daños sufridos o daños causados por el alumno. En el primer caso, si se trata

daños sufridos por el alumno menor de edad, en principio, la única eximente será el caso fortuito. El hecho del damnificado o el de un tercero, podrían eventualmente liberar de responsabilidad (total o parcialmente), pero no como eximentes autónomas, sino cuando como hipótesis constitutivas de caso fortuito. En otras palabras, deberán reunir las características de un caso fortuito (según el art. 1731 del Cód. Civ. y Com.) lo que refuerza el principio: la eximente prevista es el caso fortuito.

En el segundo caso, es decir, cuando el daño es causado por el alumno, las eximentes deben regirse por las reglas generales. De esta manera, se debe admitir que el titular del establecimiento se libere probando el hecho del damnificado (art. 1729, Cód. Civ. y Com.), el hecho del tercero por el que no se debe responder —el que, por lo demás, deberá reunir los caracteres del caso fortuito— (art. 1731) (58), y la imposibilidad de cumplimiento objetiva, absoluta y no imputable (arts. 1732 y 1733). No hay razón, se sostiene, para impedir que el titular del establecimiento se libere por las eximentes normales, si un principal o un comitente puede hacerlo (hoy, arts. 732 y 1753) (59).

V.1. Daños sufridos por el alumno (el alumno dañado): perfiles del caso fortuito. Excepcionalidad del hecho del damnificado

a) El caso fortuito

El art. 1767 del Código es terminante: la responsabilidad cesa “solo con la prueba del caso fortuito”, lo que es de aplicación cuando se trata de daños sufridos por el alumno. Es decir, cuando el alumno es la víctima y por lo tanto el sujeto protegido por la norma. Ello explica la responsabilidad agravada —en virtud de la limitación de las eximentes— que se pone en cabeza del titular del establecimiento.

Las características que debe reunir el caso fortuito —que debe ser acreditado por el sindicado como responsable (art. 1734— se encuentran previstas en el art. 1730: deberá constituir un hecho imprevisible para el titular del establecimiento, o si fuera previsible, deberá ser inevitable.

Se discute si el caso fortuito debe o no ser externo al establecimiento. En el régimen anterior (art. 1117 del Cód. Civil, reformado) algunos autores exigían que el hecho que sustentara el caso fortuito sea ajeno al deudor (60), mientras que otros afirmaban que debía ser “extraño” a la actividad escolar (61). El debate se supera con las reglas del actual Código Civil y Comercial, que sigue la segunda postura. Así, el art. 1733 determina que aun cuando se configure caso fortuito, el deudor deberá responder si el caso fortuito constituye una contingencia propia del riesgo de la cosa o de la actividad (inc. e). Es decir, además de ser una circunstancia imprevisible e inevitable, el hecho deberá ser

{ NOTAS }

(44) KEMELMAJER de CARLUCCI, op. cit.; SAGARNA, Fernando A., “Ley 24.830: Nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos”, JA 1997-III, p. 936; En el mismo sentido VILLAGRÁN, op. cit.

(45) Remitimos a GALDÓS, Jorge M. (con la colaboración de VALICENTI, Ezequiel), “Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código”, LALEY, 23/3/2016, 1.

(46) Conf., SAGARNA, “Responsabilidad civil...”, cit.; SAMBRIZI, op. cit.; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Responsabilidad civil de un ‘centro’ de atención integral para personas con necesidades especiales”, RCyS 2012-II, p. 17; entre otros.

(47) KEMELMAJER de CARLUCCI, op. cit.; MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 314; PIZARRO - VALLESPINOS, op. cit., p. 567.

(48) SAGARNA, “Responsabilidad civil...”, cit.

(49) ANDRADA, Alejandro D., “Abuso sexual y responsabilidad de los establecimientos educativos en un fallo justo”, LLGran Cuyo, 2010 (sept.), 725; KEMELMAJER de CARLUCCI, op. cit.

(50) SAGARNA, “Ley 24.830...”, cit.

(51) SAGARNA, “Responsabilidad civil...”, cit.

(52) LIMA MÁRQUEZ, Claudia, “La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. “Tratado de Derecho del Consumidor”, Ed. LaLey, Buenos Aires, 2016, t. I, ps. 149 y 156.

(53) Remitimos al análisis de casos que efectuamos en GALDÓS, Jorge M. (con la colaboración de Jorge M. Ferrari), “La relación de consumo en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, Ed. LaLey, Buenos Aires, 2011, t. III, p. 1; GALDÓS, Jorge M. (con la colaboración de Gustavo H. Blanco), “Accidentes ferroviarios”, en LO-

RENZETTI, Ricardo L., *Máximos precedentes. Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Ed. LaLey, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 235.

(54) Conf. C. 2ª Civ. y Com. Córdoba, “A., E. G. y otros c. Superior Gobierno de Córdoba”, 5/5/2015, ED del 8/10/2015.

(55) SAGARNA, “Ley 24.830...”, cit.; MÁRQUEZ, José F., “Daños sufridos o causados por alumnos de establecimientos educativos. La cuestión de las eximentes de responsabilidad”, *Microjuris*, cita: MJ-DOC-2868-AR; SÁENZ, Luis R., “Comentario al art. 1767”, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 629.

(56) ZAVALA de GONZÁLEZ, op. cit., p. 695; LÓPEZ, Estanislao, “Responsabilidad de establecimientos educativos: La inconsciente necesidad de subjetivizar la responsabilidad objetiva”, LALEY 2005-B, 473; TALE, Camilo, op. cit., p. 130.

(57) VILLAGRÁN, op. cit.; SAGARNA, “Responsabilidad civil...”, cit.

(58) Por ejemplo, parece absurdo responsabilizar al establecimiento educativo por los perjuicios generados por un proveedor que, encontrándose en el establecimiento, causa un daño a un sujeto que no es un alumno, por caso, un docente.

(59) KEMELMAJER de CARLUCCI, op. cit..

(60) SAGARNA, Fernando, “Responsabilidad civil del establecimiento educativo para alumnos con capacidades distintas. La eximente ‘caso fortuito’”, LALEY 2010-E, 15; ANDRADA, Alejandro D., “La ajenidad del *casus* y la responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos”, SJA 15/12/2010. En postura coincidente: MOEREMANS, op. cit.; KEMELMAJER de CARLUCCI, op. cit.

(61) VILLAGRÁN, op. cit.

VIENE DE PÁGINA 5

VI.1. Responsabilidad del docente (o de cualquier otro dependiente de la empresa educativa)

El sistema implementado por el art. 1117 del Cód. Civil modificado por la ley 24.830 desplazó la responsabilidad por culpa del director (o del docente) y erigió, en su reemplazo, una responsabilidad objetiva del titular (propietario) del establecimiento, procurando alivianar la situación personal del docente.

Sin embargo, ni el art. 1117 ni el nuevo art. 1767 del Cód. Civ. y Com. lo liberan de responsabilidad ni al director o a cualquier otro dependiente que hubiere tenido poder de vigilancia sobre el estudiante. Aisladamente, luego de la reforma del art. 1117, Mosset Iturraspe entendía que se liberaba de la responsabilidad directa a los docentes o auxiliares de la empresa, más allá de las acciones de regreso (85). Concordamos con la opinión mayoritaria que sostiene que es posible la concurrencia de la responsabilidad del docente por los daños sufridos por el alumno (86). La responsabilidad será subjetiva (art. 1724) y la prueba de la culpa consistirá, básicamente, en acreditar el incumplimiento del deber de vigilancia con entidad para constituirse en causal del daño provocado (art. 1726). En el régimen derogado una opinión sostenía que debe adoptarse un criterio diferenciado según el daño haya sido reparado por el establecimiento educativo —caso en el cual es necesario que concorra culpa grave del docente—, o que el perjuicio permanezca aún sin reparar y la acción se dirija directamente contra el docente —en ese caso, bastaría con una “culpa simple”— (87). En la actualidad, por el contrario, es suficiente acudir al parámetro del art. 1725 del Cód. Civ. y Com. para valorar la culpa del docente, quien deberá demostrar que fue diligente en el cumplimiento de su deber, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, lugar y personas, máxime que no se admite el criterio de las gradaciones de la culpa (arts. 1721, 1724 y concs., Cód. Civ. y Com.).

De todos modos, debe evitarse desplazar la responsabilidad del titular del establecimiento —aun cuando el daño se deba a la culpa del docente—, pues éste es quien debe garantizar en última instancia la indemnidad de los alumnos, lo que no significa descartar la posibilidad de concurrencia de la responsabilidad del docente (frente a la víctima).

La jurisprudencia responsabilizó directamente a los maestros que tenían a cargo la vigilancia del alumno —es decir, ejercían de hecho “el control de la autoridad educativa”—. Así, se condenó a los profesores de gimnasia a cargo el menor que falleció durante la práctica deportiva, considerando que como guardadores o cuidadores tenían el cuidado de la persona y la vigilancia para que no se causara daño a sí mismo ni perjudicara a los demás (88). Sin embargo, los casos son excepcionales pues normalmente se desliga de responsabilidad al docente (89).

Ahora bien, en la “relación interna” entre responsables, es posible que el establecimiento emprenda las acciones de regreso contra el docente y pruebe su responsabilidad (90). Cuando el docente es demandado en el pro-

ceso iniciado por la víctima, se debe tener en cuenta que la distribución de responsabilidades que se efectúe hace cosa juzgada en el eventual proceso de regreso que emprenda el establecimiento educativo.

VI.2. Responsabilidad del menor agente del daño. Responsabilidad de los padres. Cese de la responsabilidad

La responsabilidad concurrente de los padres es una cuestión ríspida y si bien la letra del art. 1767 del Cód. Civ. y Com. no la excluye, el tema debe ser analizado con cautela.

De conformidad con las reglas generales, el padre se libera de responsabilidad demostrando que no tiene a su cargo la responsabilidad parental ni habita con el hijo (art. 1754) o que se ha producido un “cese” de su responsabilidad (según los extremos fijados en el art. 1755). El *quid* pasa por determinar si la asistencia del menor al establecimiento educativo habilita o no a concluir que ha sido puesto “bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente”, según la expresión del art. 1755 citado. Para Parellada en el régimen del Código Civil velezano los padres no podían liberarse por la simple circunstancia de que el menor estuviera en la escuela, aun cuando asistiera en doble turno, pues la autoridad educativa no asumía la guarda jurídica del menor sino sólo su custodia material. El art. 1115 del Código derogado exigía para la liberación del padre el hecho de que el menor se encontrara de “manera permanente bajo vigilancia y autoridad de otra persona”, lo según la doctrina mayoritaria requería una guarda permanente. En cambio, en el nuevo régimen del Código Civil y Comercial, en el que ya no se exige la permanencia de la vigilancia —pues basta con la transitoriedad, aunque con los alcances que precisaremos—, los padres ya no responderían cuando los menores estén en la escuela, solución que es criticada (91). La misma opinión sostenía Mosset Iturraspe bajo el régimen anterior (92). En contraste, otros autores coinciden en que no es razonable ni necesario mantener la responsabilidad de los padres (93).

A nuestro modo de ver para dilucidar la responsabilidad concurrente de los padres debe procederse a una interpretación razonable y sistémica de los arts. 1767 y del art. 1755 que dispone que “cesa si el hijo menor es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto por el art. 643”. La norma se refiere a la delegación del ejercicio —no de la titularidad— de la responsabilidad parental en un pariente y constituye un supuesto distinto al previsto por el art. 674 del Cód. Civ. y Com. que alude a su delegación transitoria en el progenitor afín —cónyuge o conviviente del padre—. Si bien el art. 1755 hace referencia a la “vigilancia transitoria” entendemos que se debe precisar su alcance ya que no cualquier transitoriedad liberará a los padres. Pensamos que debe ser desechada como eximente de responsabilidad la transferencia de la vigilancia que es mínima, limitada a escaso tiempo o que no importa delegar efectivamente el poder de control del menor en otra persona. Sólo podrá liberar al progenitor la delegación que sea transitoria pero con *vocación de permanencia*. La transitoriedad a la que refiere la norma debe entenderse en el sentido de

“transitoriedad revestida de rasgo de permanencia”, por oposición a la transitoriedad que se agota instantáneamente y dura un brevísimo tiempo. Se trata de delegar y de transferir efectivamente en otro (en el caso en el establecimiento educativo) las posibilidades reales y efectivas del poder correctivo. Dice Parellada que la responsabilidad del progenitor cesa sólo si la transferencia de la vigilancia es absoluta, en el sentido de excluir el poder de injerencia del padre (94). En síntesis: las dos características que tipifican el cese de responsabilidad parental son la transferencia de la custodia con visos de permanencia (por oposición a transitoria, circunstancial o instantánea) y la traslación efectiva al establecimiento del poder de control y vigilancia del menor.

Por lo tanto la permanencia en la escuela liberará a los padres si se trata de la asistencia normal a clases —es decir, dentro de los días y horarios habituales—, pues constituye una transitoriedad signada por cierta intención de permanencia. En suma, la cuestión puede resolverse con las reglas destinadas a determinar la extensión material, temporal y espacial de la “autoridad escolar” que desarrollamos *supra*.

Así se condenó de forma concurrente a los padres y al establecimiento educativo (en un 50% cada uno) por el daño sufrido por un menor de 11 años a la salida del establecimiento cuando al descender a la calle fue embestido por un vehículo que estacionaba (95). También se consideró que mientras el menor se encuentra en el colegio se trasladó la guarda al establecimiento, transfiriendo los poderes de vigilancia y control sobre su conducta, por lo que se rechazó la demanda contra los progenitores por los daños causados por el alumno (96).

El debate es más complejo cuando los menores presentan especiales problemas de conducta, es decir, cuando los daños derivan de su personalidad intrínsecamente conflictiva. Estos supuestos exigen asumir una postura congruente con todo el sistema que contemple las tensiones en juego (arts. 1, 2, 3, 1754, 1755, 1767 y concs., Cód. Civ. y Com.) atendiendo prioritariamente el derecho de la víctima (alumno o tercero) a la adecuada reparación. Desde esta perspectiva, no parece adecuado que el establecimiento pueda liberarse alegando que se trata de un caso fortuito pues la conducta raramente será imprevista e inevitable y ajena al riesgo propio de la actividad. Pero por otro lado tampoco parece razonable que el establecimiento deba asumir el “plus” de riesgos que supone un alumno con un desorden en su comportamiento muy superior a la “media” de cualquiera de sus compañeros que torne marcadamente dificultoso el poder de vigilancia y control, impropio de los parámetros o estándares habituales o típicos. Por ello y salvo que se trate de establecimientos especiales destinados a brindar servicios educativos particulares (p. ej. escuelas especiales para niños con dificultades de aprendizaje o con comportamientos especiales) es conveniente propiciar un criterio interpretativo que admita que el titular del establecimiento deba responder frente a la víctima por los daños provocados por el alumno que se encontraba bajo su autoridad —sin que pueda, en principio, alegar caso fortuito—, pero que luego tenga acciones de regreso contra los padres del menor e inclusive pedir su citación coactiva a

juicio. En sentido concordante, sostiene Zavala de González que la mala educación recibida de parte de los padres no puede implicar la configuración de caso fortuito, pero eventualmente el establecimiento podrá ejercer acciones de regreso contra los progenitores o contra los propios agentes si son imputables (97). Sobre este tópico y teniendo en cuenta que se trata de hipótesis muy singulares, no conviene fijar reglas rígidas y apriorísticas sino que deberá analizarse el contexto concreto en el que se produjo el hecho dañoso, teniendo en cuenta, por ejemplo, si la conducta peligrosa del estudiante era continuada, si el establecimiento educativo alertó a los padres, si se propuso alguna medida previa que no se cumplió (v.g. algún tratamiento psicológico).

Adicionalmente se ha señalado que cuando los daños son *causados* por el alumno mayor de 10 años de edad, este puede ser responsable directo frente a la víctima, de modo concurrente con el establecimiento educativo (art. 261, Cód. Civ. y Com.) (98).

VI.3. Responsabilidad del tercero ajeno al establecimiento educativo. Responsabilidad del propietario del inmueble

Eventualmente la responsabilidad del establecimiento educativo podrá concurrir con otros terceros por los que no debe responder por ser ajenos a su actividad; por ejemplo, con el propietario del inmueble en el que funciona. En estos casos el reclamante deberá acreditar todos los presupuestos de la responsabilidad (arts. 1757 y 1758, Cód. Civ. y Com.), de manera autónoma e independiente de la responsabilidad especial prevista en el art. 1767 para el titular del establecimiento.

Una pauta de interpretación razonable, conforme al diálogo de fuentes y la armonización del trípode de reglas, principios y valores previsto particularmente en los arts. 1, 2 y 3 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial, radica en atender a la causa del daño, ya que no es lo mismo el producido por el riesgo o vicio de cosas del establecimiento que el derivado del comportamiento de otro alumno. Así, se condenó concurrentemente al establecimiento con la empresa de telefonía móvil propietaria de una caja de energía que produjo la electrocución de un estudiante (y que se encontraba en el establecimiento en virtud de un contrato de locación) (99). En otros antecedentes se condenó a la sociedad propietaria del inmueble que contractualmente cedió sus instalaciones para que se impartieran clases de gimnasia y durante su desarrollo un alumno resultó dañado por la caída de una barra de madera móvil (100); se admitió la responsabilidad concurrente del establecimiento y del conductor de un vehículo que embistió a un alumno a la salida de la escuela (101). En cambio, se liberó al organizador o auspiciante de una competencia deportiva (un intercolegial de hockey) en el que un estudiante sufrió lesiones, pues se consideró que los daños resultaban de la práctica normal y corriente del deporte y al no existir responsabilidad personal del deportista tampoco podía mediar la propia del empresario (102).

VII. La obligación de contratar el seguro

El art. 1767 del Cód. Civ. y Com. —mejorando la redacción del art. 1117 del Cód. Civil de-

{ NOTAS }

(85) MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 314. Algunos proyectos que se debatieron en oportunidad de la reforma de la ley 24.830 excluían la posibilidad de que la víctima demandare directamente contra el docente probando su culpa (conf. ANDRADA, “Responsabilidad civil...”, cit.).

(86) Ver MOEREMANS, op. cit.

(87) ANDRADA, “Responsabilidad civil...”, cit.

(88) Sup. Trib. San Luis. “Domínguez, Stella M. y otro por sí y en rep. de su hijo menor c. Soc. Italiana y otro”, cit.

(89) CCiv. y Com. Bahía Blanca, “V. y otros c. P. D. B.

A.”, cit.; CNCiv., sala F, “González, Pedro R. y otro c. Miniphone SA y otro”, cit.

(90) Conf. PIZARRO, op. cit., p. 490.

(91) PARELLADA, Carlos, “La violencia en el ámbito educativo. La responsabilidad de los padres y la de los dueños de establecimientos educativos”, JA 2012-III, p. 705.

(92) MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 317.

(93) ANDRADA, “Responsabilidad civil...”, cit. Bajo el régimen anterior, un fallo sostuvo que las responsabilidades reflejas de los padres y del establecimiento se ex-

cluyen (CNCiv. y Com. Fed., sala I, “M., C. A. y otro c. P., J. E. y otros”, 18/4/2000, en RCyS 2001, p. 408).

(94) PARELLADA, Carlos, “Sistema de responsabilidad por daños causados o sufridos por niños o adolescentes”, Revista Derecho Privado, Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año III, nº10, p. 224.

(95) CCiv. y Com. San Martín, sala I, “Castro, Mónica K. c. Calvete, Norma”, cit.

(96) CNCiv., sala L, “G., R. M. c. Instit. Inmaculada Concepción de Nuestra Sra. de Lourdes y otros”, 2/2/2012, eDial.com, cita: AA74CI.

(97) ZAVALA de GONZÁLEZ, op. cit. p. 695.

(98) Conf. MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 315, nota 22.

(99) CNCiv., sala F, “González, Pedro R. y otro c. Miniphone SA y otro”, cit.

(100) ST, San Luis, “Domínguez, Stella Mary y otro por sí y en rep. de su hijo menor c. Soc. Italiana y otro”, cit.

(101) CNCiv., sala H, “C., J. del C. y otro c. Vázquez, Gonzalo y otros”, cit.

(102) CNCiv., sala E, “Tissera, Eduardo y ots. c. Colegio San Andrés y otros”, cit.

rogado— impone al titular del establecimiento la contratación de un seguro obligatorio “de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora”. De manera que, a partir de ahora, las condiciones por las que se registrará el seguro de responsabilidad civil de los establecimientos educativos serán determinadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación y no por las autoridades provinciales (103).

VIII. El caso de los establecimientos públicos y la responsabilidad especial del Estado

El supuesto de establecimientos educativos organizados bajo la dirección del Estado tiene otras singularidades. Los arts. 1764, 1765 y concs. del Cód. Civ. y Com. excluyen al Estado del régimen de responsabilidad civil de derecho privado y si bien el art. 1767 no efectúa ninguna diferencia entre establecimientos educativos “privados o estatales”, como antes lo hacía el art. 1117 del Cód. Civil, que incluía a ambos, actualmente es necesario distinguir los casos en los que la enseñanza la brinda el Estado como legitimado pasivo.

En primer lugar, los establecimientos educativos nacionales (bajo jurisdicción del Estado Nacional) se regirán por las normas de la ley especial 24.944 y la responsabilidad será objetiva y directa (art. 1). En cambio, cuando se trate de establecimientos educativos provinciales o municipales, habrá que distinguir según hayan o no adherido a la ley nacional de responsabilidad del Estado (de acuerdo con la invitación de su art. 11 y a lo dispuesto en el art. 1765 del Cód. Civ. y Com.): si lo hicieron será aplicable el régimen especial microsistémico; caso contrario y en ausencia de ley especial, será aplicable el art. 1767 del Cód. Civ. y Com. (104).

Como hemos expresado en otra oportunidad, a partir del mencionado art. 1765, de la ley especial 24.944, y de las leyes 26.854 y 26.453 (que modificó el art. 195 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), la responsabilidad del Estado tiene un régimen microsistémico que es acotado o restringido si se lo compara con el régimen general (tanto respecto de los requisitos de procedencia como de los daños reparables) (105). En caso de resultar aplicable el régimen microsistémico de responsabilidad del Estado acotado regulado por la ley 26.944, se debe acudir a la formulación de un “test de constitucionalidad y de convencionalidad” y realizar un análisis comparativo entre los resultados a los que se arribaría recurriendo a cada uno de esos dos regímenes, es decir cotejar o comparar entre el sistema de responsabilidad acotada de la ley especial —que limita los supuestos de responsabilidad del Estado y también limita los daños resarcibles cuando el Estado es legitimado pasivo— con el sistema general de derecho privado (arts. 1, 2, 3, 1767 y concs., Cód. Civ. y Com.). En la práctica se debe —en primer lugar— aplicar el régimen microsistémico de la ley especial (ley responsabilidad del Estado 26.944) procediendo incluso a la interpretación correctora de los déficits legales de la normativa especial. Tras ello, el juez debe comparar la solución del caso y la derivada de la aplicación del régimen especial (esto es la procedencia o no de la responsabilidad del Estado y la admisibilidad o no de los daños resarcibles según la ley 26.944) con la que resultaría de aplicar el sistema general o común de derecho civil constitucional del Código Civil y Comercial. En caso de que el cotejo muestre un resultado vulneratorio de garantías constitucionales y convencionales para la víctima sea por excluir o limitar la procedencia de la responsabilidad civil del Estado —por

un lado— o la procedencia de ciertos daños resarcibles —por el otro— se deberá dejar de lado la solución microsistémica mediante la declaración judicial de inconstitucionalidad del régimen de responsabilidad menguada de la ley 26.944 y luego llenar el vacío legal mediante los principios, las reglas y los conceptos del sistema general de responsabilidad civil del Código Civil y Comercial.

O sea si la víctima resulta insuficientemente tutelada aplicando el régimen especial en su análisis comparativo con el régimen general del Código Civil y Comercial, se deberá acudir a la *ultima ratio* y declarar judicialmente la inconstitucionalidad de la ley 26.944 porque el derecho a la reparación tiene fundamento constitucional (art. 19, CN) (106) —lo que cobra mayor importancia frente al fenómeno de la constitucionalización del derecho privado recogido en el art. 1 del Cód. Civ. y Com.—. Ello, sobre la base “unidad del fenómeno resarcitorio”, se ajusta a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que el principio *alterum non ledere* no puede ser restringido o limitado mediante el establecimiento de regímenes especiales (107). Por ende, debe controlarse —en cada caso concreto— que no se afecte el derecho de la víctima a obtener la reparación plena de sus perjuicios y, fundamentalmente, que no quede en una situación desventajosa frente a un caso similar que fuera juzgado por las reglas generales de la responsabilidad civil. En otras palabras: no parece razonable que un alumno dañado en un establecimiento público reciba una reparación inferior o menor o distinta a la que hubiere recibido si concurría a un establecimiento privado.

Otro aspecto importante: también se deberá verificar en cada caso si en vez de la ley de responsabilidad del Estado 26.944 resulta aplicable al Estado como legitimado pasivo la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240, texto según ley 26.361), es decir procede determinar si el Estado responde como proveedor de bienes y servicios, en cuyo caso la aplicación del régimen microsistémico de consumo remite a la aplicación de las reglas del régimen del consumo y del Código Civil y Comercial (108).

En conclusión: si el Estado es el titular o responsable del establecimiento educativo, no rige el sistema del Código Civil y Comercial sino la norma especial de la ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Pero si la aplicación de esa normativa conduce a resultados indemnizatorios injustos, en su comparación con el sistema general de derecho privado, habrá de declararse la inconstitucionalidad del régimen especial y llenar el vacío con las normas generales del Código Civil y Comercial. Ello sin perjuicio de que el caso encuadre en la Ley de Defensa del Consumidor y allí el Estado sea proveedor de servicios educativos sobre la base del régimen consumerista (ley 24.240).

IX. Conclusiones

Sobre el final, sintetizamos las conclusiones de los temas desarrollados:

— El art. 1767 del Cód. Civ. y Com., que regula la responsabilidad de los establecimientos educativos comprende tres hipótesis: a) los daños *causados* por alumnos menores (alumno dañante) a otro alumno, a un dependiente del establecimiento, o a un tercero ajeno a la institución; b) los daños *sufridos* por alumnos menores (alumno dañado) por el hecho de otro estudiante, de un dependiente del establecimiento, de un tercero ajeno, del riesgo o vicio de las cosas empleadas duran-

te la actividad educativa, del riesgo o vicio de las instalaciones, o de actividades riesgosas desarrolladas como parte de las prácticas educativas o recreativas; c) los daños que el alumno se causa a sí mismo (alumno auto-dañado), tanto si el daño proviene de un hecho culposos o no culposos.

— Los presupuestos comunes a todas las hipótesis previstas por el art. 1767 del Cód. Civ. y Com. son: a) que exista hecho del alumno dañante, o perjuicio del alumno dañado; b) que se trate de un alumno menor de edad; c) que el daño se produzca cuando el alumno se encuentra o debía encontrarse bajo el control de la autoridad escolar; d) que se trate de establecimiento educativo que preste servicios según el sistema educativo nacional o provincial, o que constituya un establecimiento asimilable por hallarse organizado como una empresa educativa. Para determinar si el alumno se hallaba o debía hallarse bajo el “control de la autoridad escolar” debe precisarse la extensión material (¿qué personas ejercen la autoridad escolar?), la extensión temporal (¿cuándo empieza y cuándo acaba el control ejercido por la autoridad?) y la extensión espacial (¿en qué sitios puede ejercerse el control de los estudiantes por la autoridad?).

— El legitimado pasivo es el titular del establecimiento educativo, es decir quién emprende y organiza el desarrollo de la actividad educativa. No necesariamente debe coincidir con el “director” académico y administrativo de la institución, ni quien es el propietario del inmueble donde se desarrolla la actividad.

— Las reglas y principios del microsistema de derecho del consumidor resultarán aplicables a la prestación de servicios educativos en la medida en que se configure una relación de consumo entre el alumno (como consumidor) y el establecimiento (como proveedor), conforme el diálogo de fuentes para armonizar la aplicación de las normas generales y las especiales. El art. 1767 del Cód. Civ. y Com. constituye una solución especial que resulta aplicable en primer lugar y de modo preferente a otras normas generales del microsistema, como los arts. 5 y 40 de la Ley de Defensa del Consumidor.

— Si se trata de daños sufridos por el alumno menor de edad, la única eximente posible será el caso fortuito. El hecho del damnificado o el de un tercero podrían eventualmente liberar de responsabilidad (total o parcialmente), pero no como eximentes autónomas, sino cuando sean constitutivos de caso fortuito.

— Cuando el daño es causado por el alumno, las eximentes deben regirse por las reglas generales. Se debe admitir que el titular del establecimiento se libere probando el hecho del damnificado (art. 1729, Cód. Civ. y Com.), el hecho del tercero por el que no se debe responder —el que, por lo demás, deberá reunir los caracteres del caso fortuito— (art. 1731), y la imposibilidad de cumplimiento objetiva, absoluta y no imputable (arts. 1732 y 1733).

— Para que opere como eximente, el caso fortuito deberá constituir un hecho imprevisible para el titular del establecimiento o, siendo previsible, inevitable, y además ajeno o externo a la actividad educativa, esto es, debe constituir una circunstancia extraña a lo que normalmente sucede en el desarrollo de la actividad (arts. 1730, 1733 inc. e) y 1734).

— La responsabilidad del titular del establecimiento educativo puede concurrir con la responsabilidad personal del docente por los da-

ños sufridos por el alumno. La responsabilidad será subjetiva (art. 1724) y la prueba de la culpa consistirá en acreditar el incumplimiento del deber de vigilancia con entidad para constituirse en causal del daño provocado (art. 1726), para lo que deberán seguirse los parámetros establecidos en el art. 1725.

— La responsabilidad del titular del establecimiento es concurrente con los padres del menor dañante, salvo que la responsabilidad del progenitor haya cesado porque el menor se encuentra bajo la vigilancia del establecimiento educativo “de manera permanente o transitoria” (art. 1755). La transferencia transitoria de la vigilancia debe analizarse de modo restrictivo, referida únicamente a aquella transitoriedad con vocación de permanencia (excluyendo la transitoriedad instantánea que se limita a un breve lapso) y con traslación efectiva del poder de cuidado y vigilancia.

— Cuando los menores presentan especiales problemas de conducta y los daños generados se derivan de su personalidad intrínsecamente conflictiva y de comportamientos que exceden la “media” del resto de los alumnos, el titular del establecimiento educativo podrá efectuar acciones de regreso frente a sus padres, para lo cual podrá pedir su citación al juicio.

— La responsabilidad del titular del establecimiento puede, adicionalmente, concurrir con la de otros sujetos como el propietario del inmueble, o el dueño o guardián de la cosa riesgosa ubicada en el establecimiento. A los efectos de determinar la responsabilidad debe analizarse la causa del daño.

— Los establecimientos educativos organizados bajo la dirección del Estado quedan excluidos del art. 1767 y se les aplican las reglas especiales del microsistema de responsabilidad estatal (art. 1765; ley 24.994 de responsabilidad del Estado). La responsabilidad es objetiva y directa (art. 1, ley cit.).

— A los efectos de resguardar el derecho constitucional de la víctima a obtener una adecuada e íntegra reparación de los daños sufridos, debe efectuarse un “test de constitucionalidad y convencionalidad” del resultado que arroja la aplicación de las reglas microsistémicas de responsabilidad del Estado. Para ello debe compararse la solución del caso con la que resultaría de aplicar el sistema general o común de responsabilidad civil, y determinar si el resultado es vulneratorio del derecho a la reparación. En tal supuesto habrá que dejar de lado la solución microsistémica y acudir analógicamente a los principios, reglas y conceptos del sistema general de responsabilidad civil, incluido el art. 1767.

— Si se configura una relación de consumo entre el establecimiento público y el alumno, el Estado responderá como proveedor de bienes y servicios y serán de aplicación las reglas y principios especiales del microsistema de derecho del consumidor. ●

Cita online: AR/DOC/2367/2016

! MÁS INFORMACIÓN

Moeremans, Daniel, “Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos. Su regulación en el nuevo Código”, LA LEY 12/07/2016, 1, AR/DOC/2028/2016.

Sagarna, Fernando Alfredo, “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV, 255, AR/DOC/901/2015.

{ NOTAS }

(103) MOEREMANS, Daniel, “Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos. Su regulación en el nuevo Código”, LA LEY, 12/7/2016, 1.

(104) Esta opinión sostiene SAGARNA en “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Có-

digo Civil y Comercial”, cit.

(105) GALDÓS, “La responsabilidad del Estado...”, cit.

(106) LORENZETTI, Ricardo L., “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, LA LEY 2003-C, 1184; IBARLUCÍA, Emilio, “El derecho constitucio-

nal a la reparación en el Proyecto de Código Civil 2012”, RCyS 2013-I, p. 5; entre muchos otros.

(107) Conf. los precedentes de la CS, “Santa Coloma” (Fallos 308:1160), “Gunther” (Fallos: 308:1118), “Aquino” (Fallos 327:3753), y los más recientes “Rodríguez Pereyra”

(27/11/2012, LA LEY 2012-F, 559) y “Mansilla” (6/3/2014).

(108) Remitimos a GALDÓS, “La responsabilidad del Estado...”, cit. Ver además, LOWENROSEN, op. cit.



NOTA A FALLO

Derechos sobre un modelo industrial

Cancelación. Acción de nulidad o reconvencción. Vía procesal. Derechos sobre un modelo o diseño industrial.

Hechos: Una sociedad anónima fue condenada a indemnizar a una SRL por haber infringido sus derechos sobre un modelo industrial, correspondiente a un equipo reductor de gas natural comprimido para vehículos. Para decidir así sostuvo que la cancelación de un modelo o diseño indus-

trial debía articularse mediante una acción o reconvencción de nulidad, sustentada en vicios originarios en el título de adquisición. Interpuesto recurso extraordinario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia apelada.

1. - De la lectura de los arts. 17 y 18 del dec.-ley 6673/63 no surge que la articulación de la tacha de nulidad en relación con un modelo o diseño industrial deba ser interpuesta exclusivamente mediante una acción de nulidad o reconvencción, pues la defensa de nulidad tiende a destruir la eficacia de la acción, y quien la articula no está obligado a reconvenir para obte-

ner la declaración expresa de invalidez si sólo persigue el propósito de resistir el reclamo deducido contra él (del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hace suyo).

2. - Los derechos sobre modelos o diseños industriales implican un monopolio de uso legal otorgado por el Estado, en el marco de la competencia en el mercado; se persigue, por esa vía, alcanzar un equilibrio entre los intereses de los sujetos privados, en orden a la salvaguarda de su creación e inversión, y el interés público de asegurar una competencia libre, con un desempeño sano de la acti-

vidad comercial de los distintos actores que interactúan en su seno (del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hace suyo).

119.478— CS, 28/06/2016. - Industrias Aral S.R.L. c. Fundemap S.A. y ot. s/daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/41992/2016]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 25/07/2016, p. 9, Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Proview]

Modelos industriales. Un año significativo en la jurisprudencia

SUMARIO: I. Introducción. — II. Importancia de los modelos industriales en la economía actual y futura. — III. La protección de los modelos industriales a través de su registro en el contexto local e internacional: ¿es todavía un régimen de derechos usado relativamente poco? — IV. La interrelación entre los derechos de modelos industriales y los DPI. — V. El trámite de inscripción de modelos industriales vigente en Argentina y el valor jurídico resultante. — VI. Los hechos más relevantes del caso “Industrias Aral SRL vs. Fundemat SA”. — VII. El punto principal de la sentencia de la Cámara Federal de Rosario revocado por la CSJN. — VIII. Otros posibles temas tratados por la Cámara, dables de ser aclarados para futuros casos.

Mariano Municoy

I. Introducción

¿Qué tienen en común una válvula de un equipo de Gas Natural Comprimido (GNC) fabricada en la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, y un teléfono celular inteligente como el iPhone?

Seguramente las respuestas parezcan huidizas pero durante este trabajo nos vamos a enfocar en un grupo de ellas: tienen en común que ciertos componentes de ambos productos han sido protegidos a través de una especie particular de Derechos de Propiedad Industrial (en adelante “DPI”); que en los dos casos sus titulares han logrado obtener muy suculentas indemnizaciones por las infracciones a sus derechos; y que ambos juicios han sido apelados hasta llegar a las cortes supremas de los respectivos países, cosa fuera de lo común, entre otras.

El tipo particular de Derechos de Propiedad Industrial al que nos estamos refiriendo en nuestro país se denominan dibujo/diseño o modelos industriales, los cuales otorgan a sus titulares derechos exclusivos sobre creaciones estéticas u ornamentales del aspecto o la forma de un producto (esto es vistos en sus dos o tres dimensiones) respectivamente, pero aquí nos referiremos a todos ellos como “modelos industriales”.⁽¹⁾

A través de la comparación entre ambos casos iremos presentando algunos temas que

nos parecen muy interesantes en relación con la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y es el principal objetivo de este comentario.

Esta decisión local corrigió un error de los tribunales inferiores consistente en entender que un planteo de nulidad de un modelo industrial concedido por el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INPI) no podía ser interpuesto por el demandado como una defensa ante una acción civil por infracción sino que debe ser objeto de una nueva acción de nulidad o reconvencción.

Pero además de comentar las razones que, acertadamente para nosotros, invocó nuestro máximo tribunal para dejar sin efecto la sentencia de segunda instancia y remitir el caso para un nuevo pronunciamiento, nos gustaría ofrecer algunas consideraciones y sobre todo plantear algunos interrogantes relacionados con la importancia que la protección de los modelos industriales probablemente tengan en el futuro.

II. Importancia de los modelos industriales en la economía actual y futura

Tradicionalmente los modelos industriales se han utilizado en productos e industrias de muy variada naturaleza industrial y artesanal como ser: “...instrumentos técnicos y médicos;

hasta relojes, joyas y otros artículos de lujo; desde electrodomésticos y aparatos eléctricos hasta vehículos y estructuras arquitectónicas; y desde materiales textiles hasta bienes recreativos”.⁽²⁾

Durante las últimas décadas a nivel mundial el uso de los modelos industriales se ha venido expandiendo modestamente en términos cuantitativos y cualitativos como resultado de los cambios disruptivos que estamos atestiguando tanto en las diversas áreas de la tecnología y de la innovación como también de los derivados de la creciente interconexión económica, social y legal entre países.

Varias predicciones señalan que el abaratamiento y la automatización productiva ya hacen, y harán cada vez más, importantes las tareas de diseño de los nuevos productos y servicios, ya sea como consecuencia directa de los cambios que traen las nuevas tecnologías o como una respuesta del *marketing* para lograr la diferenciación y el reconocimiento social del valor agregado en cada caso a un producto o servicio; ¿y qué otro mejor ejemplo que Apple y sus productos sobre esto último?

Por eso creemos que es interesante seguir de cerca los cambios que surgirán de la robótica, la “Internet de las cosas”; las impresoras 3D; las nuevas vías de comunicarnos; la nanotecnología y muchas otras nuevas tecnologías, junto con la mayor interacción entre Estados y ciudadanos en el mundo en general y en el de los DPI en particular.⁽³⁾

quien postula dos razones muy relacionadas con el fallo que aquí comentado: las incertidumbres legales para determinar si se cumple con el requisito de novedad de un modelo y para evaluar la existencia de una infracción a ese derecho (JA, 2008-II-1012).

⁽⁶⁾ Entre los más recientes trabajos académicos en el extranjero abordando las distintas justificaciones normativas de los regímenes de protección de los modelos industriales vale mencionar: LEE, Peter - SUNDER, Madhavi, “Design Patents: Law Without Design”, *17 Stanford Technology Law Review* 183 (2013); MCKENNA, Mark P. - STRANDBURG, Katherine J., “Progress and Competition in Design”, *17 Stanford Technology Law Re-*

Lo que queremos dejar planteado es que las distintas actividades humanas (o no humanas) englobadas dentro de los conceptos de diseño artesanal e industrial son y serán cada vez más relevantes.⁽⁴⁾

III. La protección de los modelos industriales a través de su registro en el contexto local e internacional: ¿es todavía un régimen de derechos usado relativamente poco?

Varios autores locales y extranjeros han sostenido que, debido a distintas razones, los diseñadores, creadores y otras personas relacionadas con las industrias del diseño no se han apoyado significativamente en el Registro de Modelos Industriales para proteger sus derechos e intereses.⁽⁵⁾

Este relativo bajo uso histórico de los modelos industriales (comparándolo con el de otros DPI) fue sin dudas la razón de ser del relativo escaso desarrollo académico y práctico-litigioso incluso en los países más desarrollados, pero como veremos la situación podría haber comenzado a cambiar en casi todos los países y por ello la pregunta que titula este trabajo.⁽⁶⁾

El punto de inflexión parece haber comenzado a mediados de los años 90 cuando la oficina de marcas y patentes de los Estados Unidos (USPTO) revirtió su postura de rechazar la protección de imágenes generadas por computadoras (“Computer-Generated Imagery” o CGI en inglés) a través de las *design patent* por no considerarlas un “producto manufacturado”.⁽⁷⁾

Repasando muy someramente la cantidad de solicitudes de registro de modelos industriales según datos compilados por la OMPI⁽⁸⁾, se puede detectar que a diferencia de lo ocurrido en Argentina, en muchos países vecinos e incluso algunos países desarrollados, el número de solicitudes casi se duplicó.⁽⁹⁾

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

⁽¹⁾ En los Estados Unidos este tipo de DPI se denomina patentes de diseño o “design patent”.

⁽²⁾ Conforme página OMPI <http://www.wipo.int/designs/es/> (última visita agosto 2016).

⁽³⁾ La tendencia que se observa es que esos cambios, y sobre todo los digitales, abaratan la fabricación y comercialización de productos y servicios hasta llegar a que los costos marginales sean casi iguales a cero quebrando así múltiples paradigmas y convenciones establecidas como la ley de economía de escalas. Si algunas de las nuevas tecnologías, en particular las digitales y las impresoras 3D, terminan permitiendo la impresión de “réplicas” de cual-

quier producto adaptándolas al gusto del consumidor, entonces no parece descabellado afirmar que una de las más importantes tareas que seguirán a cargo de nosotros los humanos será el diseño de esas impresoras, de sus operatorias y de los productos a ser fabricados o replicados.

⁽⁴⁾ Para quienes prefieren miradas más terrenales o de corto plazo vale mencionar que en el año 2011 se creó el sello de Buen Diseño Argentino con el objetivo de profundizar la incorporación del diseño en el entramado productivo nacional, luego nació el Plan Nacional de Diseño y ambos programas han sido mantenidos por el actual Gobierno nacional.

⁽⁵⁾ Entre los locales véase el trabajo de POLI, Iván, “El modelo industrial ¿Patito feo o cisne de incognito?”,

view 183 (2013), disponibles en <http://www.ssrn.com/en/>.

⁽⁷⁾ Conforme SEYMOUR, William J. - TORRANCE, Andrew W., “(R)evolution in Design Patentable Subject Matter: The Shifting Meaning of ‘Article of Manufacture’”, *17 Stanford Technology Law Review* 183 (2013); disponible en <http://www.ssrn.com/en/>.

⁽⁸⁾ Éstos y otros datos se pueden acceder a través del sitio *web* de la OMPI.

⁽⁹⁾ Con ciertas excepciones como Alemania y seguramente otros países de Europa debido a la adopción de un sistema comunitario de protección de modelos mixto (con y sin registro) en el año 2002 a través del Reglamento CE 6/2002 del Consejo sobre los Modelos y Dibujos Comunitarios.

Office (Code)	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Argentina	1.248	1.107	855	1.112	1.198	1.553	1.586	1.231	1.412	1.414	1.676	1.444	1.574	1.465	1.384
Brazil	3.602	3.771	4.297	4.998	4.932	5.232	5.329	5.335	5.961	5.32	6.05	6.835	6.563	6.847	6.59
Canada	3.416	2.698	3.393	3.699	4.124	4.682	4.835	5.069	5.282	4.269	5.142	5.227	5.362	5.346	5.767
Chile	422	327	358	272	336	335	404	423	485	397	493	529	538	762	465
China	50120	60647	79.260	94.054	110.849	163.371	201.322	267.432	312.904	351.342	421.273	521.468	657.582	659.563	564.555
Colombia	319	254	282	239	367	374	456	446	475	406	400	384	490	766	577
Germany	11.189	10.318	9.833	7.471	6.648	6.008	6.034	5.827	5.752	5.835	6.247	6.175	6.253	6.408	7.228
Japan	38.496	39.423	37.23	39.267	40.756	39.254	36.724	36.544	33.569	30.875	31.756	30.805	32.391	31.125	29.738
Mexico	1.926	1.752	1.977	1.982	2.457	2.777	3.023	2.882	3.181	2.93	3.54	4.149	4.137	4.011	4.08
Peru	182	181	166	177	206	227	238	219	342	300	377	334	407	499	319
Republic of Korea	33.841	36.867	37.587	37.607	41.184	45.222	51.039	54.362	56.75	57.903	57.187	56.524	63.135	66.94	64.345
United States of America	18.292	18.28	20.904	22.602	23.975	25.553	25.515	27.752	27.782	25.806	29.059	30.467	32.799	36.034	35.378

Y es aquí donde nos parece útil volver a dejar planteada la muy posible interconexión entre un mayor interés en registrar modelos industriales y la irrupción de nuevas tecnologías (sobre todo las digitales).

Un buen indicador de esa relación son los juicios por infracción de distintos tipos de DPI incluyendo modelos industriales que siguieron al lanzamiento del iPhone y otros productos de Apple en el año 2011 cuando ésta le inició juicios a la empresa de Corea del Sur Samsung en Australia, Francia, Alemania, Italia, Japón, Holanda, Corea del Sur y el Reino Unido. (10)

En particular, enorme ha sido el interés generado por el juicio tramitado en los Estados Unidos después de que un jurado en California condenara a Samsung a pagar 930 millones de dólares en agosto de 2012. (11) Ese fallo fue apelado y en segunda instancia esa suma fue sustancialmente reducida por lo que Samsung decidió pagar voluntariamente los 548 millones (399 en concepto de infracción de las "patent designs") en 2015 y al mismo tiempo continuar con sus apelaciones hasta que en abril de este año 2016 la Corte Suprema de los Estados Unidos aceptó tratar la apelación de Samsung respecto al cálculo de los daños. (12) Ahora se espera que el Tribunal máximo de ese país trate el caso próximamente pero vale la pena resaltar que éste será uno de los primeros sobre infracción de "design patents" en mucho tiempo.

Los efectos de esta batalla legal también parecen haberse extendido al sistema de registro internacional de modelos regulado a través del Arreglo de la Haya que administra la OMPI (13), en tanto ciertas estadísticas sobre el uso de ese tratado señalan que en el año 2015, por primera vez Samsung superó a la empresa suiza de relojes Swatch como primer usuario del Arreglo de Locarno con 1132 solicitudes presentadas. (14) El mismo texto reportó un incremento del 13.8% en la cantidad de solicitudes internacionales presentadas durante el 2015 e identificó que el aumento fue de un 147% para la clase del Arreglo correspondiente a equipamiento para comunicaciones, lo que ya venía ocurriendo en años anteriores.

Respecto del futuro uso del Arreglo, también vale mencionar que ha cobrado especial importancia después de que Corea del Sur la adoptara en marzo de 2014 y luego fuera seguido por Japón y los Estados Unidos el mismo día, 13 de febrero de 2015.

IV. La interrelación entre los derechos de modelos industriales y los DPI

Creemos ahora conveniente contextualizar lo dicho sobre la baja utilización del régimen de modelos industriales teniendo en cuenta su relación e incluso superposición con otros DPI.

Vale comenzar señalando que todas, o casi todas, esas superposiciones ocurren en la mayoría de los países por lo que creemos no estamos frente a un justificativo suficiente para explicar el relativo poco uso de los modelos industriales en Argentina aunque sin dudas ello tiene incidencia.

IV.1. Patentes de invención y modelos de utilidad

Las patentes de invención son un tipo de DPI utilizado para proteger inventos que sean nuevos; tengan altura inventiva y aplicación industrial (y siempre que no constituyan elementos excluidos de protección como lo son las meras creaciones estéticas). Una patente se concede por 20 años contados desde su fecha de solicitud luego de un trámite que en general es muy complejo y costoso. Para ejemplificar, se ha reportado que el iPhone, como muchos otros teléfonos y dispositivos inteligentes modernos, contiene miles de patentes de invención sobre algunas de sus partes materiales o funcionales así como también sobre procedimientos utilizados para fabricarlos.

Una patente otorga a su titular el derecho de excluir a terceros en el uso de la invención pero como contrapartida tiene que divulgar y describir detalladamente el invento a la sociedad para que una vez que se extinga su derecho los terceros puedan utilizarlo libremente. De todas maneras el inventor tiene la opción de no solicitar una patente y mantener la invención secreta bajo el régimen legal de protección de la información confidencial aplicable, vigente en cada país.

En principio, no debería existir superposición entre los objetos de protección de las patentes de invención y modelos de utilidad (15) con los de los modelos industriales ya que mientras las primeras dos figuras sirven para obtener derechos exclusivos sobre ciertos aspectos inventivos materiales y/o funcionales, los modelos industriales protegen ciertas formas estéticas u ornamentales bidimensionales o tridimensionales de los productos como pueden ser el contorno redondeado y la forma ultra-delgada de un teléfono celular.

Al respecto es útil mencionar al art. 28 de nuestra normativa regulando los modelos industriales, esto es el dec.-ley 6673/63 (en adelante DLMI), prevé que si por error se solicita una patente de invención para proteger un modelo industrial y se la rechaza, el interesado puede convertirla en una solicitud de modelo o diseño.

IV.2. Marcas

Otro tipo de DPI con el que puede haber superposición y con el cual los consumidores estamos en contacto cotidianamente es la marca, como "iPhone", que lo diferencia de otros productos similares como podría ser la palabra "Galaxy" utilizada por Samsung en sus teléfonos.

En nuestro país como regla general esta protección se obtiene luego de completar el trámite registro y vale añadir que es cada vez mayor el uso de las formas de los productos como marca (imagínese el poder distintivo que tendría un celular con forma de pelota!) siendo justamente aquí que se producen los casos más complejos de superposición entre ambos regímenes. (16)

El titular de un modelo industrial tiene mayores facultades impeditivas que con las marcas ya que respecto de éstas opera el principio de especialidad por el cual las facultades ofensivas se limitan a productos o servicios idénticos o relacionados con el protegido por la marca.

IV.3. Derechos de autor

En la mayoría de los países es posible que los elementos estéticos u ornamentales de productos industriales y artesanales puedan ser también simultáneamente protegidos a través de los derechos de autor (o *copyright* como se los conoce en los países anglosajones).

En Argentina, mientras que el art. 3º del DLMI define a los primeros como "las formas o el aspecto incorporados o aplicados a un producto industrial que le confieran carácter ornamental"; el art. 1º de la Ley de Propiedad Intelectual N° 11.723, incluye entre las obras protegidas a los "modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria".

Pero a diferencia de lo que ocurre con la superposición con las marcas, el art. 28 del DLMI establece que en caso de superposición entre modelos y marcas no se los puede invocar simultáneamente por vía judicial.

La conveniencia de utilizar cada tipo de protección varía según la situación particular de cada caso pero un elemento muy relevante a tener en cuenta es que mientras que un derecho de modelo industrial en nuestro país (y muchos otros) dura 5 años y se puede renovar hasta dos veces, un derecho de autor se extiende durante la vida del autor y los 70 años posteriores a su muerte.

Sin embargo ésta y otras ventajas del derecho de autor pueden ser compensadas y hasta sobrepasadas por los modelos industriales como herramienta ofensiva, toda vez que los primeros no pueden invocarse con éxito contra quien no copió sino que creó independientemente, una obra intelectual igual o muy parecida.

IV.4. Amplio alcance de protección de los modelos industriales

El art. 19 del DLMI confiere derechos exclusivos al titular de un modelo industrial que le permiten accionar contra todo tercero "...que, sin autorización, explota industrial o comercialmente, con relación a los mismos o diferentes productos, un diseño depositado...".

Es justamente este mayor alcance de las facultades exclusivas que las otorgadas por una marca o un derecho de autor, junto con un muy rápido y relativamente económico procedimiento de inscripción, lo que convierte a los modelos industriales en una excelente herramienta legal disponible en Argentina que por distintas razones se encuentra subvalorada.

Además, como ocurre con otros DPI su infracción puede generar responsabilidad penal y también es posible solicitar distintas medidas cautelares conforme el DLMI o el art. 50 del ADPIC.

V. El trámite de inscripción de modelos industriales vigente en Argentina y el valor jurídico resultante

A diferencia de lo que pasa en la casi mayoría del resto de los países (17), nuestro sistema de protección de modelos industriales se basa en un procedimiento de inscripción durante el cual el INPI no realiza un examen sustantivo para analizar el cumplimiento con los requisitos de fondo más importantes, establecidos principalmente en el art. 6º del DLMI. (18)

CONTINÚA EN PÁGINA 10

{ NOTAS }

(10) LESSER, William, "Multiple intellectual property damages complications as in Apple v. Samsung? Try using Excel", 15 Chi.-Kent J. Intell. Prop. 201, Fall 2015.

(11) La sección 289 de la ley de patentes de ese país (que se aplica a las *design patents*), prevé que todo infractor debe responder con toda la utilidad obtenida ilícitamente de la infracción.

(12) <http://www.reuters.com/article/us-apple-samsung-elec-lawsuit-idUSKCN1091ZO> (visitado por última vez en agosto 2016)

(13) En el año 1925 se estableció el Arreglo de la Haya

para crear un procedimiento que facilite el registro y protección de modelos industriales a nivel internacional mediante el cual se presenta una única solicitud con mínimas formalidades ante la oficina de origen que puede ser la OMPI.

(14) De acuerdo a la publicación de la OMPI "Infografía: ¿Quién presentó el mayor número de solicitudes de registro de diseños industriales con arreglo al Sistema de La Haya en 2015?" disponible en la página de la OMPI

(15) Los modelos de utilidad, también denominados pequeñas patentes, están regulados por la misma Ley de

Patentes N° 24.481 aunque entre ambos existen importantes diferencias cuyo tratamiento excede el espacio aquí disponible.

(16) Esto a pesar de que el art. 2c) de Ley de Marcas N° 22.362 prohíbe el registro de la forma de un producto ya que la jurisprudencia la ha interpretado y por ende sólo las formas usuales y comunes de un producto son irregistrables como marca.

(17) En Estados Unidos las solicitudes de "design patents" son tramitadas de un modo muy similar a las patentes de invención y por ende son objeto de un rigu-

roso examen de fondo. Casi todos los países de Latinoamérica conducen a exámenes de fondo de solicitudes de modelos industriales con la excepción de nuestro país, Colombia y Nicaragua. En Brasil dicho examen puede ser requerido por el solicitante mientras que en Perú y Ecuador sólo se realiza si la solicitud recibe oposiciones.

(18) Que son la ornamentalidad (por el cual se excluye de la protección a las formas funcionales) y la novedad (por la cual se excluye de protección toda forma estética ya divulgada previo a la presentación del depósito o de su prioridad internacional, si la hubiese).

● VIENE DE PÁGINA 9

Tampoco existe la posibilidad de que terceros se opongan a la solicitud de registro, en tanto el INPI sólo publica la inscripción del modelo solicitado una vez que se decide a inscribirlo (acto distinto al registro), lo que presupone cumplidos los requisitos formales.

La falta de estas dos herramientas administrativas sin dudas resulta con algunas ventajas significativas para quienes lo utilizan ya que se ahorran tiempo y costos llegando a ser posible obtener el derecho, en cuestión de días si se cumplen todos los requisitos. (19) Como contrapartida negativa de esa rapidez y sencillez en obtener su inscripción, debe tenerse en cuenta que en general existe un mayor grado de incertidumbre respecto de la validez.

Al respecto en *obiter dictum* la Procuradora hizo referencia a que el INPI sólo realiza un examen formal de una solicitud de registro de un modelo “sin verificar que se cumplan los requisitos referidos a la existencia y validez del diseño o modelo que se deposita, por lo que el carácter de la inscripción es meramente declarativo”.

También trajo a colación jurisprudencia de la Corte Suprema, estableciendo la “debilidad” de un registro de modelo industrial y que su inscripción sólo establece una presunción *iuris tantum* de autoría en cabeza del primer registrante que no se extiende al cumplimiento de los requisitos de fondo o sustanciales como ser ornamentalidad, novedad, originalidad, aplicación industrial y licitud, establecidos en los arts. 1º, 3º, y 6º del DLMI.

Concluyó el punto del siguiente modo: “...el Estado no garantiza que una obra registrada sea un modelo industrial...” tal como se enuncia en el acto administrativo del INPI, notificando el registro de la solicitud que se limita a indicar el cumplimiento con las formalidades de los arts. 8 y 10 del DLMI.

VI. Los hechos más relevantes del caso “Industrias Aral SRL vs. Fundemat SA”

Retomando el análisis del fallo queremos señalar que de la lectura de las sentencias de segunda instancia y de la Corte Suprema surgen algunos interrogantes tanto sobre los hechos de la contienda como sobre su resolución que mencionaremos a continuación.

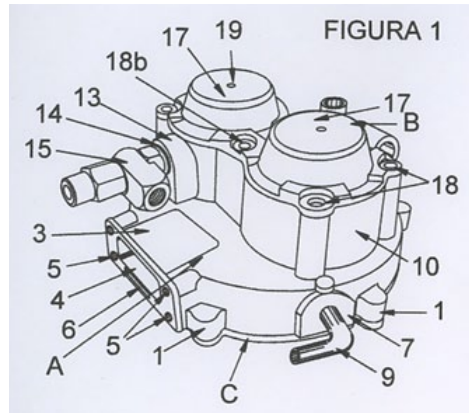
Las partes del juicio mantuvieron una relación comercial durante más de 20 años durante el cual la actora le proporcionaba a la demandada diseños de (al menos partes, como ser reguladores) equipos de GNC (“Gas Natural Comprimido”) para que ésta se los fundiera en las matrices de la actora, que se encargaba de armar los reguladores y comercializarlos.

En cierto momento cercano al año 2001 esa relación comenzó a cambiar hasta que finalizó en noviembre de 2003. Previo a ello, durante el juicio la demandada afirmó haber realizado una búsqueda entre las últimas tecnologías disponibles “en los países más avanzados” y decidir “copiar” el modelo de un regulador italiano denominado “Riduttore Metano M96” de la empresa Bigas, llegando a fabricar una matriz para la fundición de equipos, de acuerdo con ese modelo.

Según dichos de la demandada, la parte actora estaba al tanto de la copia del modelo italiano pero no participó en el diseño de la matriz ni en su implementación para fabricar los reductores que fueron vendidos por la demandada, lo que finalmente derivó en las acciones promovidas por Industrias Aral por infracción a su modelo industrial.

También de acuerdo a su propio relato, la demandada recién tomó conocimiento de la existencia del modelo industrial Nro. 69919 depositado en el INPI el 25 de febrero de 2002 al ser notificada de las primeras medidas cautelares en su contra durante mediados de julio de 2004, aunque ambas empresas habían finalizado su relación comercial a partir de noviembre de 2003.

El modelo se titula “reductor para gas natural comprimido G.N.C.” y ante el INPI se lo describió gráficamente del siguiente modo (20):



En primera instancia se declaró la infracción del modelo por parte de la demandada y concedió una indemnización por más de tres millones de pesos pero este fallo fue apelado por ambas partes. La actora se agravó por la falta de acogida a su pretensión de que se incluya a los frutos en la indemnización así como también por el restringido lapso temporal considerado para su cálculo. La demandada, por su parte, se agravó por el rechazo de su planteo de nulidad del modelo industrial en cuestión.

En segunda instancia, la Cámara Federal de Rosario confirmó parcialmente el fallo del juez, rechazando los agravios de la demandada y reconociendo los frutos como concepto indemnizable.

VII. El punto principal de la sentencia de la Cámara Federal de Rosario revocado por la CSJN

Se trata de la interpretación del juego entre los arts. 17 (21) y 18 (22) de la LDMI realizado por los jueces de primera y de segunda instancia para rechazar el planteo de nulidad del modelo de la actora introducido al contestar la demanda, por entender que “corresponde su deducción como acción, esto es por demanda o reconvencción y no como una defensa insinuada argumentalmente”. (23)

Éste fue el principal agravio de la demandada para fundar su recurso extraordinario a través del cual obtuvo la revocación de la errónea interpretación del DLMI que, de haberse permitido (y expandido a otros tribunales), hubiese generado importantes problemas incluyendo la duplicación de acciones simultáneas iniciadas por infracción y nulidad de un mismo

modelo con las ineficiencias y afectación de la certidumbre jurídica que ello conlleva.

De la lectura del fallo de la Cámara de Rosario no se encuentran explicitadas, ni se pueden inferir con facilidad, las razones que la llevaron a sostener que el planteo de nulidad de un modelo registrado debió haberse hecho necesariamente mediante la correspondiente acción de nulidad o de reconvencción y no al contestar una demanda por infracción; en tanto se limitó a invocar un solo antecedente judicial sin explicitar el razonamiento por el cual aplicaría al caso en examen.

Ahora bien, la Procuradora, cuyos fundamentos y conclusiones fueron compartidos por los jueces de la CSJN, nos da algunas pistas sobre el razonamiento de la Cámara en el punto IV de su dictamen donde señaló que los jueces de la causa habían fundado sus decisiones en los arts. 17 y 18 del DLMI.

Según su propia reseña, mediante el primero “el registro de un modelo o diseño industrial será cancelado cuando haya sido realizado por quien no fuere su autor o en contravención a lo previsto en la norma, siempre por sentencia firme de los tribunales federales y solamente a instancia de parte interesada. En el art. 18, por otro lado, se prevé que la acción para pedir la nulidad de un registro, así como la de reivindicación, en los términos de los arts. 10, último párrafo, y 17, prescribe a los cinco años de la fecha del depósito efectuado en el registro pertinente”.

Unos párrafos más tarde, la Procuradora rechazó el razonamiento de los jueces y postuló, a nuestro juicio acertadamente, que “la defensa de nulidad, tal como fue planteada en el *sub lite*, tiende a destruir la eficacia de la acción, y quien la articula no está obligado a reconvenir para obtener la declaración expresa de invalidez si sólo persigue el propósito de resistir el reclamo deducido contra él”. De igual modo, rechazó el argumento de que ese razonamiento vulneraría el derecho de defensa de la actora.

Además nos parece concluyente, y de aplicación por analogía, la existencia de uniforme doctrina y (si bien escasa) jurisprudencia tratando el mismo tema pero en relación con las marcas y las patentes, sosteniendo que las leyes que regulan la materia, de modo implícito para las marcas (24) o expreso para las patentes (25), prevén la posibilidad de interponer la nulidad del derecho cuya infracción se alega al momento de contestar la demanda.

Por nuestra parte, volvemos a resaltar que si los planteos de nulidad al contestar demandas de infracción son la estrategia más normal, permitida y utilizada en las acciones judiciales por infracción del resto de los DPI, entonces resulta difícil de entender por qué no ocurriría lo mismo con los modelos industriales que no son objeto de examen técnico ni legal por parte del INPI como aquéllos.

Finalmente, en este caso particular parecieran existir importantes indicios de hechos que podrían afectar la novedad y originalidad del modelo industrial de la actora aunque no debería ser ésta la razón principal para rechazar el razonamiento del juez y de la Cámara porque a la misma conclusión se debería llegar incluso en otros casos donde no existan esos indicios.

VIII. Otros posibles temas tratados por la Cámara, dables de ser aclarados para futuros casos

VIII.1. Comparación entre el producto infractor y el objeto del derecho exclusivo que otorga el modelo

De la lectura del fallo de segunda instancia surge que las partes habrían convenido que para determinar la infracción del modelo industrial, el perito designado realizara una comparación entre los productos de la actora y la demandada, aunque luego ello y otros aspectos de la pericia fueron objeto de apelación por parte de la demandada.

Si bien este punto no estuvo dentro del objeto de análisis del recurso decidido por la CSJN, nos parece muy importante dejar asentado que esa comparación debió haberse realizado con los dibujos presentados al depositar el modelo toda vez que ésta es la fuente que determina el contenido y la extensión de los derechos que otorga la inscripción del modelo y que incluso puede diferir con el producto mismo que su titular explota o comercializa e incluso ese producto estar fuera del ámbito de protección.

Al respecto se ha dicho que “...cuando se trata de derechos inmateriales, toda idea de posesión y protección de la cosa en su corporalidad desaparece. El objeto de protección no es el documento que representa el título de la marca de marca, patente, o diseño industrial, sino los derechos de exclusividad que de él emanan. En esta rama jurídica no se dispone de una materialidad que se pueda custodiar por medios físicos, cerraduras o cajas...”. (26)

VIII.2. Determinación de los daños sufridos por el titular de un modelo industrial

Tal como lo demuestra el litigio entre Apple y Samsung en los Estados Unidos la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios por infracciones de los DPI en general y de los modelos industriales en particular es un tema muy complejo en el cual se interrelacionan aspectos técnicos, económicos y legales.

La Cámara de Rosario corrigió parcialmente la cuantificación hecha en primera instancia y afirmó que el principal concepto a reparar era el lucro cesante de la actora. Como los libros contables de la demandada fueron parte de la prueba evaluada y peritada, el Tribunal procedió a formular su propio cálculo de la utilidad neta ilícitamente obtenida por la demandada, tomando como valor individual por producto el 15% del precio promedio de venta únicamente de cada reductor de GNC.

También modificó parcialmente el plazo temporal de venta ilícita de los productos y la identificación de los clientes más significativos de la demandada a ser considerados para el cálculo cuyo resultado se actualizó tomando como referencia el último valor de venta del producto de la demandada.

La Cámara rechazó la inclusión del daño emergente en el cómputo del daño resarcible por la falta de actividad probatoria de la actora al respecto pero aceptó el agravio referido a la restitución de los frutos por entender que hubo mala fe de la demandada, lo que había sido denegado en primera instancia. (27) Los

{ NOTAS }

(19) El depósito de un derecho de autor también es casi automático pero el trámite de registro de una marca dura en promedio dos años sin oposiciones y el de patentes puede incluso superar más de la mitad de la vida útil de las mismas de 20 años.

(20) Debe tenerse en cuenta que cada solicitud de depósito puede contener múltiples dibujos y que cada uno de ellos describen el contenido del derecho conferido por el modelo depositado, siendo sólo complementados por la descripción que es otra importante diferen-

cia con las patentes de invención.

(21) “El registro de un modelo o diseño industrial será cancelado cuando el mismo haya sido efectuado por quien no fuere su autor o en contravención a lo dispuesto en este decreto, pero tal cancelación sólo podrá ser dispuesta por sentencia firme de los tribunales federales, a instancia de parte interesada que tenga o no registrados modelos o diseños, con anterioridad”.

(22) “La acción para pedir la cancelación de un registro, establecida en el art. 17, y la de reivindicación del

último párrafo del art. 1º, prescribirán a los 5 años de la fecha del depósito en el Registro de Modelos y Diseños Industriales”.

(23) Conforme Considerando 1 del fallo de la Cámara.

(24) Entre muchos otros autores véase BERTONE, Luis E. - CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, “Derecho de Marcas”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2003, 2ª ed., t. II, p.304.

(25) Como ocurre con la más moderna Ley de Patentes N° 24.481, cuyo art. 65 señala “Las acciones de nuli-

dad y caducidad pueden ser opuestas por vía de defensa o de excepción”.

(26) MITELMAN, Carlos O., “Marcas y otros signos distintivos”, Ed. LaLey, 2015, 1ª ed., t. I, p.309.

(27) Art. 20, DLMI: “Todo aquel que haya infringido de buena o mala fe los derechos reconocidos a favor de un modelo o diseño depositado estará obligado a resarcir los daños y perjuicios que haya causado al titular del registro y además a restituirle los frutos, en caso de mala fe”.

frutos fueron calculados como el 5% del precio de venta promedio del reductor “en atención

a la particular vinculación que tuvieron las partes”, o sea de una manera distinta al lucro cesante.

A los fines de graficar las complejidades que se pueden afrontar en ciertos casos de infracción de los DPI y de los modelos industriales para determinar las indemnizaciones, queremos terminar remarcando que el jurado del

juicio entre Apple y Samsung en los Estados Unidos tuvo que realizar más de 70 cálculos de daños atravesando más de 28 productos y tres tipos de DPI. (28)

Ahora será la Corte Suprema de ese país la que decidirá si para determinar los daños por infracción de las “design patents” se puede tomar el valor recibido por el infractor de todo el

producto o si en cambio limitarlo al valor del componente específico infringido que se incorpora al producto final, que seguramente será una discusión a ser tenida también en otros países y por qué no en el nuestro. ●

Cita on line: AR/DOC/2662/2016

{ NOTAS }

(28) LESSER, William, “Multiple intellectual property damages complications as in Apple v. Samsung? Try using Excel”, *15 Chi.-Kent J. Intell. Prop.* 201, Fall 2015, p 202.

JURISPRUDENCIA

Robo agravado

Sustracción de dinero de un cajero automático. Empleo de una compañía de caudales. Uso de llave que hubiese sido retenida. Solicitud de suspensión del juicio a prueba. Dictamen desfavorable del fiscal. Efecto vinculante. Rechazo de la pretensión. Razones de política criminal. Consideración de la modalidad ejecutiva.

1.- La sentencia que, en consonancia con lo dictaminado por el Fiscal, denegó la *probation* a un empleado de una compañía de caudales acusado del delito de robo agravado por el uso de llave que hubiese sido retenida debe confirmarse, ya que las razones político-criminales vertidas por aquél, en el caso, relacionadas con la modalidad ejecutiva utilizada y con una clase de delincuencia que debe perseguirse de manera más intensa, no resultan arbitrarias, todo lo cual hace a su función específica como titular de la acción penal.

2.- La suspensión del juicio a prueba es un instituto cuya admisión se asienta principalmente en la necesidad de recurrir a alternativas sustitutivas de las reacciones más gravosas en los casos de delitos de menor gravedad y en la pretensión de obviar el juzgamiento de los casos de menor trascendencia penal, para así preservar el juicio oral para los casos más graves y complejos —en el caso, se trataba de un robo agravado por el uso de llave que hubiese sido retenida—.

119.479 — TS Córdoba, sala penal, 09/06/2016. - A. A., R. A. y otros -para agregar suspensión de juicio a prueba s/ recurso de casación.

[Cita online: AR/JUR/49632/2016]

Córdoba, junio 9 de 2016.

1ª ¿Se ha aplicado erróneamente el párrafo cuarto del art. 76 bis del CP? 2ª ¿Qué resolución corresponde dictar?

1ª cuestión. — La doctora Tarditti, dijo:

I. Por Auto nº170, de fecha 25 de noviembre de 2015, la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de esta ciudad, Sala Unipersonal, en lo que aquí interesa, resolvió: “Rechazar la solicitud de suspensión del juicio a prueba formulado por el Dr. J. C. P., juntamente con su asistido, el imputado G. A. R.” (fs. 8).

II. El Dr. J. C. P., a favor del imputado G. A. R., interpone recurso de casación bajo ambos motivos sustancial y formal (art. 468 inc. 1º y 2º CPP) de la referida vía impugnativa (fs.10/14).

En concreto, se agravia en cuanto considera que el Tribunal denegó arbitrariamente la *probation* solicitada por el imputado R., toda vez que —a su parecer— éste inobservó los principios lógicos del razonamiento al considerar vinculante el dictamen del Ministerio Público Fiscal.

Principia su argumentación señalando su acuerdo con el Tribunal en cuanto que en el caso no se evidencian particularidades que

hagan vaticinar una hipotética condena de ejecución efectiva.

Resalta que en esa etapa del proceso se ubica al Sr. Fiscal como “parte”, y en virtud de la igualdad procesal —paridad de armas— su opinión concurre con la de su opuesto, cuestión que debe dirimir el poder jurisdiccional. Por consiguiente, se pregunta cómo puede entenderse que su adversario procesal resulte en definitiva quien resuelva sobre el derecho del acusado, mientras que la Magistratura lleva a cabo una posición expectante.

Arguye que con tal interpretación se llegaría al absurdo de prescindir de los jueces, y el presente recurso se transformaría en una mera oposición, dado que sólo se discutiría la motivación de una de las partes y no la del Tribunal, confiscándose en consecuencia el poder de decisión.

Sostiene que resulta inaceptable que el Tribunal asuma una posición formal pasiva ante un sobrevaluado poder del Ministerio Público Fiscal.

Menciona que la C.S.J.N. sólo ha afirmado que es vinculante la opinión del órgano acusador cuando se imponen como límites a la decisión jurisdiccional en beneficio del imputado (in dubio pro reo). Cita jurisprudencia de la C.S.J.N., Fallos: 321:2021, “Santillán”.

Afirma que la posición del Tribunal Superior de Justicia relativa a supeditar el carácter vinculante del dictamen fiscal negativo a que no resulte palmariamente irrazonable o infundado, resulta insuficiente para justificar la violación al principio de igualdad de las partes en el proceso, el derecho a la jurisdicción, principio de legalidad y debido proceso.

De esta manera, postula que no puede resultar un argumento jurisdiccional válido para resolver la cuestión el carácter insoslayable del consentimiento fiscal. Por consiguiente, solicita que se revoque el Auto (arts. 19 inc. 9, 41 primer párrafo *in fine*, 155 *in fine* Const. Pcial.; 3, 142, 413 inc. 4 y ss. CPP).

Finalmente agrega que en lo relativo al instituto de la *probation* se ha visto alterada la gramaticalidad de la norma por la jurisprudencia de esta Sala (por ejemplo con tesis amplia, el otorgamiento para delitos que tienen prevista una pena de inhabilitación). De ello infiere que el *iudex* se apartó de aquellos principios interpretativos al sostener el carácter vinculante de la opinión del Sr. Fiscal.

Concluye su líbello haciendo reserva federal del caso.

III. En relación a la materia que es objeto de discusión, los presentes exhiben las siguientes constancias:

1. El imputado G. A. R., es acusado en calidad de partícipe secundario por el delito de robo agravado por el uso de llave que hubiese sido retenida (art. 167 inc. 4 en función del 163 inc. 3º CP). Ello por cuanto, en su condición de empleado de una compañía de caudales, específicamente en su rol de porta valores, habría entregado a alguno de los miembros de un grupo de diez personas, quienes habían acordado sustraer dinero de un cajero automático que funcionaba en la estación terminal de ómnibus

de la ciudad de Deán Funes, una llave del tipo copia de su original del lobby donde se encontraba instalado el mencionado cajero. En esas circunstancias, aquellos sujetos habrían procedido con una división de tareas, encargándose presuntamente dos de ellos a la apertura del lobby con la llave mencionada. Posteriormente, mediante distintas maniobras éstos habrían logrado la apertura de la bóveda del cajero automático. De ese modo, los sujetos se habrían apoderado en forma ilegítima de los cartuchos del dispensador de dinero que contenían la suma de setecientos catorce mil quinientos pesos.

2. Con fecha 23/10/2015, el imputado R., con patrocinio letrado, solicitó el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, ofreciendo: a) reparar el daño causado con una suma de cinco mil pesos (\$5000), pagaderos en diez cuotas de quinientos pesos (\$500); y b) realizar tareas comunitarias en la “Parroquia Resurrección del Señor y Nuestra Señora de Pompeya” (01/04).

3. Al correrse vista al Ministerio Público Fiscal, dictaminó negativamente sobre la procedencia de la suspensión del juicio a prueba (fs.06/08), pues sostuvo que en caso de condena la misma no sería de ejecución condicional. Fundó su conclusión en que el hecho presentaría notas distintivas de la delincuencia común, esto es que:

- hubo actuación de un grupo organizado, con división de roles, planificación táctica, sofisticada logística, uso de equipos de comunicación, herramientas e información precisa sobre sus víctimas;

- procuraron “una ejecución limpia, ordenada y eficaz”, al punto tal que “los acusados habrían logrado apoderarse de más de setecientos mil pesos del interior (\$ 700.000), que aún no han sido recuperados”;

- el acusado habría violado la confianza depositada por su empleador, empresa transportadora de caudales, al momento de brindar su aporte en el delito. Ello pues, según la acusación, habría facilitado la llave del lobby (o su copia), donde estaba instalado un cajero automático para que pudiera llevarse a cabo la faena delictiva.

4. En lo que aquí concierne el Tribunal de mérito resolvió denegar el beneficio de la *probation* solicitada por el acusado mediante Auto Nro. 170, de fecha 25 de noviembre de 2015 (fs.07/08). Para arribar a esa solución, luego de reseñar el dictamen del Ministerio Público Fiscal, señaló que “aun cuando las circunstancias del caso que motiva el presente proceso, no ostentan particularidades que hagan vaticinar una hipotética condena de ejecución efectiva, se advierte que la Sra. Fiscal de Cámara, consultando conforme ordena el art. 76 bis del CP, formula su dictamen debidamente motivado”. Agregó jurisprudencia relativa a que la opinión del Ministerio Público Fiscal resulta insoslayable como condición para la procedencia de la *probation*.

IV.1. Como cuestión preliminar es preciso aclarar que, si bien el recurrente invoca el motivo sustancial y formal del art. 468 inc. 1º y 2º del CPP, una atenta lectura de los fundamentos permite advertir que la sede adecuada para el tratamiento de los gravámenes presentados resulta el motivo sustancial. Es que sus razones se dirigen a postular que el Tribunal ha interpretado erróneamente lo dispuesto por el art. 76 bis, 4º párrafo del CP, al no haber

concedido la *probation* solicitada por el acusado al considerar vinculante el dictamen fiscal.

2.a. En este orden y sobre lo que resulta materia de agravio, esta Sala de manera inveterada sostiene que el consentimiento del fiscal resulta insoslayable para habilitar la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis, 4º párrafo, CP y TSJ, Sala Penal, “Oliva”, S. nº23, 18/04/2002; “Gómez”, S. nº 160, 07/11/2006; “Smit”, S. nº 35, del 14/03/2008; “Bringas”, S. nº138, 30/05/2013, entre muchos otros).

Ahora bien, cabe aclarar que para que el dictamen fiscal negativo vincule al Juez que debe resolver un pedido de suspensión del juicio a prueba, el mismo debe reunir determinadas condiciones (TSJ, Sala Penal, “Quintana”, S. nº91, 22/10/2002; “Pérez”, S. nº82, 12/09/2003; “Rodríguez”, S. nº 46, 31/05/2004). Ello es así, pues una denegatoria carente de debida fundamentación configura un ejercicio arbitrario de la aludida potestad por parte del Ministerio Público, el cual autoriza a prescindir del mentado requisito legal (“Pérez”, cit.; “Erguanti”, S. nº 42, 23/05/2005; “Abrile”, S. nº 55, 17/06/2005 cit.; entre otros).

En ese contexto, se ha dicho que el dictamen del Ministerio Público Fiscal puede versar sobre si se trata de un caso excluido del beneficio —v.gr. por el monto y clase de pena—, o porque en el delito hubiese participado un funcionario público, o si por las condiciones del imputado y del hecho acusado, no sería procedente la condena condicional (TSJ, Sala Penal, “Fumero”, S. nº96, 28/05/2007, “Barbosa”, S. nº255, 29/07/2014).

Asimismo, se ha sostenido que la vinculación de la suspensión del juicio a prueba con el principio procesal de oportunidad justifica que el representante del órgano público de la acusación dictamine sobre la procedencia de la *probation* solicitada en casos particulares, haciendo hincapié en razones no estipuladas de conveniencia y oportunidad político criminales (Bovino, Alberto, “La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino”, Del Puerto, Bs. As., 2001, p. 165) (TSJ, Sala Penal, “Morata”, S. nº 226, 13/09/2010; “Morelli”, S. nº 223, 04/04/2012; “Bidela”, S. nº 185, 26/05/2015; “López”, S. nº382, 24/08/2015).

Ahora bien, en relación a la procedencia de una condena condicional, es menester aclarar que recientemente se ha dicho que una adecuada intelección de la normativa en cuestión, conduce a la conclusión de que, más allá de la posibilidad y utilidad de que el Ministerio Público se manifieste sobre la modalidad efectiva o no de cumplimiento del encierro según la aplicación que se entienda en el caso del art. 26 CP, el análisis material vinculado a esta cuestión que pueda contener su dictamen, relativo al monto de la pena aplicable en el caso concreto, la conveniencia del encierro efectivo, etc., no tiene carácter vinculante (TSJ, S. nº 508, 11/11/2015, “Bellizi Rallin”; S. nº19, 18/02/2016, “Bodo”).

Esa es la conclusión que debe extraerse de la autonomía que el Legislador otorga a las referencias del art. 76 bis, 4º párrafo CP relativas a la procedencia de la condena condicional, expresamente escindidas de sus alusiones al requisito del consentimiento del Fiscal. Máxi-

VIENE DE PÁGINA 11

me cuando ello, además, va en consonancia tanto con el carácter estrictamente jurisdiccional del análisis que debe realizar el Tribunal de mérito para decidir el carácter efectivo o condicional del encierro en caso de condena a pena privativa de la libertad que autorice la aplicación de la condena condicional del citado art. 26 CP —sin ningún condicionamiento fiscal—, como con la evidente integración entre suspensión del juicio a prueba y condena condicional perseguida con dicha referencia legal.

Por lo demás, cabe agregar que el pronunciamiento que realice el Juez en relación a la hipotética pena que correspondería en el caso de recaer condena no significa de ninguna manera que el Tribunal se expida sobre el mérito de las probanzas que se dirigen a sustentar los extremos de la imputación delictiva, lo cual resulta ser la materia sobre la que va a versar la sentencia que —de manera definitiva— resuelva la cuestión. Es que, al realizar dicho juicio el Tribunal debe limitar su función jurisdiccional a examinar

el beneficio solicitado bajo la óptica de la regla contenida en el artículo 76 bis cuarto párrafo del Código Penal, guardando una razonable sujeción a los extremos fácticos contenidos en la pieza acusatoria, sin precisar razones en orden al mérito de las probanzas incorporadas a la causa (TSJ, Sala Penal, “Fraga” S. n.º 306 10/11/2008; “Perotti”, A. n.º 286, 17/10/2012; “Bellizi Rallin”, cit.).

b. No obstante lo expuesto, resulta prudente señalar también que recientemente esta Sala ha sostenido que control de legalidad jurisdiccional, tanto ante un dictamen fiscal negativo o favorable, no debe avanzar en lo que configura materia propia de la función del acusador, lo que sucedería si en lugar de ceñirse a la verificación de los requisitos legales, la concesión o rechazo de la suspensión del juicio a prueba contraria al dictamen se fundase en una ponderación diferente de política criminal en la persecución penal. Esta sustitución configuraría una confusión en las funciones de acusar y juzgar que cuenta con basamento constitucional y es, en definitiva, uno de los rasgos que define al modelo acusatorio (TSJ, “Trucco”, S. n.º 140, 15/04/2016).

3.a. Ingresando al análisis de la cuestión traída a estudio, corresponde señalar que, si bien el Tribunal de Mérito no descartó la posibilidad de una condena condicional en caso de serle adverso el debate al acusado R. (fs. 4185 vta.), basó su denegatoria a la solicitud de suspensión del juicio a prueba formulada por el imputado en el dictamen fiscal negativo por contener fundamentos (fs. 4186), que, ahora analizados, no son otra cosa que razones político-criminales por tratarse de un delito que en su modalidad ejecutiva requirió una considerable planificación, organización y despliegue complejo de medios comisivos, dando cuenta de una clase de delincuencia que resulta harto razonable perseguir de manera más intensa procurando un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión como entonces, razonablemente ha pretendido el Ministerio Público.

Repárese en que el órgano acusador, conforme se reseñó en el apartado III, punto 3, hizo hincapié en que se trata de un hecho que presenta notas distintivas a la delincuencia común, cuales son la actuación de un grupo organizado, con división de roles, planificación táctica, sofisticada logística, uso de equipos de comunicación, herramientas e información precisa sobre sus víctimas, procurando una ejecución limpia, ordenada y eficaz.

Es decir, el Ministerio Público Fiscal, en definitiva, construyó su opinión negativa sobre la procedencia de la *probation* en razones de conveniencia y oportunidad que tornaban necesario la realización del debate para este tipo de casos, argumentos que hacen a su función específica como titular de la acción penal (LO-PMP, art. 9 inc. 3º).

Asimismo, resulta prudente señalar que la suspensión del juicio a prueba (Título XII del Libro Primero del Código Penal argentino) es un instituto cuya admisión se asienta principalmente en la necesidad de recurrir a alternativas sustitutivas de las reacciones más gravosas en los casos de delitos de menor gravedad (resocialización sin condena ni declaración de culpabilidad) y en la pretensión de obviar el juzgamiento de los casos de menor trascendencia penal, para así preservar el juicio oral para los casos más graves y complejos, como es el de autos.

Así las cosas, las razones vertidas por el Fiscal no resultan arbitrarias, toda vez que ponderando el sentido político-criminal del instituto ha realizado un juicio de conveniencia

y oportunidad respecto a la persecución penal del caso en particular.

Por ello, al no observarse arbitrariedad, ni una palmaria irrazonabilidad en el dictamen emitido por el Ministerio Público Fiscal, la pretensión de la defensa no puede ser acogida, habida cuenta que el Tribunal de mérito, al resolver como lo hizo, actuó conforme a derecho.

Por lo expuesto, voto negativamente.

El doctor *Cruz López Peña*, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La doctora *Cáceres de Bollati*, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

2ª cuestión. — La doctora *Tarditti*, dijo:

En virtud del resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. J. C. P., a favor del imputado G. A. R. Con costas (arts. 550 y 551 CPP). Así voto.

El doctor *Cruz López Peña*, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La doctora *Cáceres de Bollati*, dijo:

Estimo correcta la solución que da la doctora *Tarditti*, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal; resuelve: Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. J. C. P., a favor del imputado G. A. R. Con costas (arts. 550 y 551 CPP). Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por el señor Presidente en la Sala de Audiencias, firman éste y las señoras Vocales todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe. — *Sebastián Cruz López Peña*. — *Aída Tarditti*. — *María M. Cáceres de Bollati*.

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N.º 13 Secretaría Única sito en Avenida de los Inmigrantes 1950 piso 5º de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en vinculación a los autos caratulados “PRIETO FRANCISCA DOLOS c/ CUETO GABRIEL y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS” expediente identificado con el número 84940/2014, ordena que el presente edicto deberá publicarse durante dos días en el diario “LA LEY” emplazando a GABRIEL GUSTAVO CUETO para que en el término de diez días comparezca a hacer valer sus derechos en el mencionado juicio, bajo apercibimiento de nombrar al Defensor de Pobres y Ausentes para que lo represente. Se deja constancia que la parte actora se encuentra tramitando el respectivo beneficio de litigar sin gastos. Publíquese.

Buenos Aires, 15 de julio de 2016
Diego Hernán Tachella, sec.
LA LEY: I. 01/09/16 V. 02/09/16

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N.º 3, Secretaría Única, del Departamento Judicial de Morón, en autos “AMURRIO ROCHA JAVIER y OTRO c/ SAN FRANCISCO CEI SRL y OTRO s/ PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA” (MO-7988-10), cita y emplaza por diez (10) días a SAN ALBERTO SRL, inscripta en la I.C.J. el 30/12/1955 bajo el N.º 3547 al F.º 204 del libro 29 comparezca

a hacer valer sus derechos en el presente juicio, haciéndole saber que en caso de no hacerlo se le designará para que los represente al Defensor de Ausentes que resulte designado por la Secretaría General Civil. El presente deberá publicarse por dos días en el “Boletín Oficial” y en el diario “LA LEY” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Morón, 23 de junio de 2016
Myriam Gabriela Salim, aux. let.
LA LEY: I. 01/09/16 V. 02/09/16

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N.º 19 sito en Talcahuano 550, piso 6º CABA, en los autos “CONS. PROP. ZAPIOLA 774 c/ ALAMO PORTELA, GUSTAVO ESTEBAN y OTRO s/ EJECUCIÓN DE EXPENSAS” expte. N.º 82745/2013 cita por el plazo de 5 días a GUSTAVO ESTEBAN ALAMO PORTELA y a CLAUDIA ALEJANDRA MOGLIA a tomar la intervención que les corresponde en este proceso, bajo apercibimiento de designar al Sr. Defensor Oficial para que los represente. Publíquese por un día en LA LEY.

Buenos Aires, 30 de junio de 2016
María Belén Puebla, sec.
LA LEY: I. 01/09/16 V. 01/09/16

Transferencia de Fondo de Comercio. En cumplimiento del artículo 2, ley 11.867 GUI-

CHET POSADAS ESTEBAN GASTÓN DNI 26.364.703 domiciliado en la calle Carlos Calvo 3732, piso 2, departamento 8 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, transfiere el fondo de comercio de su propiedad rubro agencias comerciales de empleo, turismo, inmobiliaria etc. Con domicilio en la calle Moreno 970, piso 5, Oficina 113, Ciudad Autónoma de Buenos Aires a GRUPO HG VIAJES SRL CUIT 30714582204 con domicilio en la calle Moreno 970, piso 5, Oficina 113, Ciudad Autónoma de Buenos Aires libre de toda deuda y gravamen. Reclamo de ley en la calle Moreno 970, piso 5, Oficina 113, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dentro del término de ley. Solicitante: GUICHET POSADAS ESTEBAN GASTÓN.

LA LEY: I. 31/08/16 V. 06/09/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N.º 20, Secretaría Única a mi cargo, sito en Talcahuano 550, 6º piso de esta Ciudad, cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de CARLOS ARIEL CHISLEANSCHI, a efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por 3 días en el diario “LA LEY”.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 7 de junio de 2016
Juan Carlos Pasini, sec.
LA LEY: I. 31/08/16 V. 02/09/16

THOMSON REUTERS
LA LEY

SEGUROS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL; EL DERECHO DEL CONSUMO; LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Waldo Sobrino



Se analizan en detalle las repercusiones de la nueva legislación en cuestiones específicas de los seguros

VERSIÓN:
eBook
eBook + 2 tomos
Encuadernación de lujo

PRINCIPALES TEMAS TRATADOS:
El impacto del nuevo Código Civil y Comercial en consumidores, contratos y seguros
• Las cláusulas abusivas en forma general y de los seguros en particular • La cláusula “Claims Made” • El deber de prevención y el salvamento • Las caducidades y exclusiones de cobertura • Los seguros de empresas • Seguro de directores y gerentes • Los daños punitivos, entre otros.

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253** o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.

the answer company™
THOMSON REUTERS

Síguenos en:  ThomsonReutersLaLey •  @TRLaLey    ThomsonReutersLatam •  +LaleyArgentina