



ACUERDO N°: 17. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los diecinueve (19) días de junio de dos mil dieciocho, se reúne en Acuerdo la **Sala Civil** del Tribunal Superior de Justicia, integrada -conforme al Art. 4° del Reglamento de División en Salas- por el Sr. vocal doctor **EVALDO D. MOYA** y el Sr. vocal doctor **ALFREDO ELOSU LARUMBE**, con la intervención de la Secretaria subrogante, doctora **MARÍA ALEJANDRA JORDÁN**, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"MEDIAVILLA MARTÍN Y OTRA C/ AMBAR CIA MINERA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** (Expte. N° 7279 - Año 2009) del Registro de la Actuaría.

ANTECEDENTES:

A fs. 899/917 vta., la parte actora -Sra. Claudia Fernández, en representación de su hija menor de edad- interpone recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley y la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente hace lo propio a fs. 918/936 mediante el último de los remedios citados, contra el decisorio de la sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales -obrante a fs. 869/890-, que hace lugar parcialmente al recurso de apelación impetrado por la Sra. Claudia Alejandra Fernández en representación de su hija, condenando a la demandada Ambar Cía. Minera S.A. a abonar a la niña la suma de \$300.000. Además, resuelve que deberá descontarse de dicha suma los montos reconocidos a favor de la niña exclusivamente y en las fechas que estos estuvieron efectivamente a su disposición, o en su caso, a la fecha de efectuar el depósito (Art. 15 ap. 2° de la L.R.T.), conforme liquidación que deberá practicarse en la instancia de origen, imponiendo las costas a cargo de la demandada.

Conferidos los traslados pertinentes, a fs. 948/949 vta. contesta la demandada Ambar Cía. Minera S.A.



solicitando la inadmisibilidad de los remedios casatorios con costas.

A fs. 955/957 vta. contesta la vista conferida el Sr. Defensor General en su carácter de Ministerio Pupilar de la niña A.M. Ratifica los argumentos vertidos por la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente en su presentación recursiva.

A fs. 958 vta. se notifica el Sr. Fiscal General.

A través de la Resolución Interlocutoria Nro. 25/2017, se declaran admisibles los recursos por Inaplicabilidad de Ley interpuestos por la co-actora y la Sra. Defensora de los Derechos del Niño a fs. 899/917vta y 918/936, sólo por las causales previstas en los incisos a) y b) del Art. 15° de la Ley 1.406 e inadmisibile el remedio de Nulidad Extraordinario deducido por la primera de las nombradas.

A fs. 965/967 vta. contesta la vista conferida el Sr. Fiscal General quien propicia se haga lugar a los recursos de Inaplicabilidad de Ley incoados por la representante del menor y la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente.

Firme la providencia de autos y efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que, este Cuerpo resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES: a) ¿Resultan procedentes los recursos de Inaplicabilidad de Ley incoados?, b) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?, c) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el **Dr. EVALDO D. MOYA**, dijo:

i. 1. El Sr. Martín Mediavilla interpone reparación integral de los daños y perjuicios derivados de la muerte en accidente de trabajo de su hijo Diego Mediavilla con fundamento en la responsabilidad civil -Arts. 1109 y 1113 del C.C. de Vélez Sársfield-. Plantea la inconstitucionalidad del Art. 39 de la Ley 24.557.



La empleadora demandada -Ambar Cía. Minera S.A.- opone la culpa exclusiva de la víctima en el luctuoso evento y solicita se cite en garantía a C.N.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo y a Zurich Argentina Cía. de Seguros S.A.

2. La A.R.T. opone falta de legitimación pasiva por reclamos fundados en el derecho civil, falta de legitimación del Sr. Martín Mediavilla para percibir pago alguno y alega haber brindado las prestaciones dinerarias previstas en la Ley 24.557 a la hija y conviviente de la víctima.

3. Por su parte, Zurich contesta la citación emplazada.

Reconoce el contrato de seguro y ofrece consignar la suma de \$250.000 proveniente del seguro de accidentes personales suscripto entre la compañía y la empleadora y que tenía como beneficiario a los herederos del occiso.

Manifiesta que la suma aludida constituye el máximo de cobertura (no es indemnización) por la muerte del Sr. Mediavilla y que a la presente póliza no le es aplicable la Sección relativa al seguro de responsabilidad civil de la Ley Nro. 17.418.

Explica, al respecto, que el seguro de accidentes personales, al igual que el de vida (ambos seguros de personas), no tienen carácter resarcitorio y su finalidad consiste en el pago de un capital o renta cuando acaezca el siniestro previsto en la póliza. Agrega que tampoco se aplican las reglas sobre la relación entre el interés asegurado y la suma asegurada ni se produce la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado hacia un tercero responsable del siniestro (Art. 80 L.S.) teniendo como objetivo el seguro por accidentes personales indemnizar toda lesión corporal o la muerte del asegurado que se produzca independientemente de su voluntad, en forma repentina y violenta y por un agente externo.



Seguidamente, opone excepción de falta de legitimación activa respecto de la cobertura, denuncia la existencia de un heredero forzoso -hija del fallecido- que desplazaría la calidad de beneficiario del actor y, por último, solicita que se cite como tercero a la Sra. Claudia Alejandra Fernández en representación de la menor A.M. para que haga valer sus derechos.

4. El juzgado resuelve citar como tercero a la Sra. Fernández en representación de su hija menor de edad.

5. Se presenta la madre de la niña. Interpone acción civil contra Ambar Cía. Minera S.A. por el fallecimiento del padre de su hija y reclama indemnización en concepto de daño moral y pérdida de chance. Solicita la acumulación de los procesos.

A fs. 186 aclara que la acción tendiente a la reparación integral de los perjuicios sufridos por la menor A.M. a raíz de la muerte de su padre solo se dirige contra Ambar Cía. Minera en su carácter de propietaria y/o usufructuaria de la cosa productora del daño. Agrega que sin perjuicio de ello y atento la suma de seguro de vida consignada por Zurich Argentina Cía. de Seguros S.A. a favor de la menor se libre la correspondiente orden de pago y que al igual que la sumas recibidas por parte de CNA ART debe proveerse su descuento de los fondos provenientes de la indemnización a dictarse.

6. A fs. 285 y vta. se resuelve la acumulación y a fs. 309 y vta. obra acta de audiencia conciliatoria en la cual la letrada de la compañía aseguradora Zurich manifiesta que el objeto del contrato de seguro de accidentes personales no tiene nada que ver con el objeto de responsabilidad civil reclamado, ya que es un seguro de vida. Asimismo, peticiona que se tenga presente el reconocimiento del contrato en los términos de la póliza agregada, denunciando el cumplimiento total del contrato que unía a las partes conforme surge de las



constancias y boletas de depósito agregadas a fs. 161/162 por lo que solicita que se declare abstracta su citación en garantía.

7. A fs. 750/773 obra sentencia de Primera Instancia que declara la inconstitucionalidad del Art. 39 de la Ley 24.557.

En base a la prueba producida atribuye a la patronal en forma exclusiva la responsabilidad del siniestro en el marco del Art. 1113 del C.C. Veleziano.

Hace lugar parcialmente a la demanda promovida por el progenitor de la víctima y acoge el reclamo por daño moral en la suma de \$70.000.

Respecto de la pretensión indemnizatoria de la representante legal de la niña, considera probada la existencia de daño por los rubros pérdida de chance y daño moral, totalizando la suma de \$ 300.000.

Declara improcedente la extensión de la responsabilidad a la citada en garantía, QBE Argentina ART S.A., porque considera que se encuentra acreditado el cumplimiento de los deberes a su cargo en materia de seguridad e higiene.

Con relación a la citada en garantía, Zurich, dispone que el monto consignado de \$250.000 -límite asegurado por accidentes personales- se libre a favor de la menor, sin intereses por no haberse efectuado reclamo previo y no existir mora.

En la parte resolutive hace lugar a la demanda promovida por la menor contra Ambar Cía. Minera S.A. por la suma de \$ 300.000 y declara abstracto el reclamo, sin imponer condena, en virtud de los montos percibidos por la madre de la menor de QBE Argentina ART y los consignados por Zurich Argentina Cía de Seguros S.A.



8. La Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente se notifica de la sentencia a fs. 792 y no tiene objeciones que formular respecto del libramiento de los fondos a favor de la menor con la condición de que la progenitora rinda cuentas del destino del dinero percibido.

9. Apelan la sentencia dictada, el co-actor Martín Mediavilla, la citada en garantía Zurich Argentina S.A. y la co-actora Fernández en representación de su hija menor.

10. A fs. 798 y vta. se transfiere la suma de \$ 250.000 de la cuenta de autos a la de titularidad de la Sra. Fernández Claudia Alejandra, madre de A.M., en concepto de pago de capital consignado por la aseguradora a fs. 162.

11. A fs. 822/824 vta. el actor Martín Mediavilla, mediante sus apoderados, cuestiona el rechazo del rubro "pérdida de chance" peticionado oportunamente y los letrados que lo representan cuestionan la regulación de honorarios.

12. Por su parte, a fs. 826/834 vta. la co-actora Claudia Fernández -en representación de A.M.- se queja de que la sentencia declare abstracto el reclamo incoado por la menor sin imponer condena en virtud de los montos recibidos por la reclamante de las aseguradoras citadas, los que -dice- una vez firme la sentencia se liberarán a favor de la menor cubriendo la totalidad del reclamo impetrado.

Considera que el error de la sentencia consiste en no pronunciarse de manera condenatoria con los accesorios legales y en no adicionar los intereses al seguro de vida que beneficiaba a la niña.

También se agravia porque considera que no se contemplaron los intereses desde el acaecimiento del hecho ilícito. Al respecto, sostiene que pareciera ser que la A quo efectúa un cálculo de intereses el que no consigna en la sentencia y por el cual entiende que estos se encuentran cubiertos por los pagos recibidos y ya percibidos.



Luego, cuestiona el cálculo efectuado por la sentenciante a los fines de establecer el monto del resarcimiento por la pérdida de la vida del padre de la niña. Desarrolla la fórmula y cuestiona los parámetros seguidos por la judicante para arribar a la suma de \$ 200.000.

13. Luego, expresa agravios la citada en garantía Zurich Cía. de Seguros S.A. conforme pieza recursiva que luce a fs. 835/838.

En primer lugar, se queja de la imposición de costas en el orden causado.

Manifiesta que a la póliza que la une con Ambar Cía. Minera S.A. no le es aplicable la normativa de un seguro de responsabilidad civil ya que, tanto el seguro de vida como el de accidentes personales, no tiene carácter resarcitorio y su finalidad es el pago de un capital o renta cuando acaece el siniestro previsto.

Aclara, en este punto, que se están perjudicando los intereses de la niña, al entender que su reclamo ha devenido abstracto por el cumplimiento del contrato de seguro y, con ello, ha considerado de manera errónea las costas de la intervención de su parte.

Entiende que la magistrada yerra al descontar el monto del seguro de indemnización que le corresponda a la víctima por los rubros peticionados ya que este seguro no tiene carácter resarcitorio. Y ello lo trae para fundar su agravio de la improcedencia de la citación peticionada por la demandada ya que a su empresa -dice- no le alcanza el reclamo, ni del padre, ni de la hija del accidentado, por cuanto su presentación lo fue dentro del marco de la buena fe contractual y para evitar futuros reclamos judiciales o extrajudiciales.

Además, señala que de ninguna manera puede beneficiarse el responsable en reparar en plenitud el daño causado, simplemente recurriendo a la ejecución de un contrato



de seguro de vida, atento a la diversa naturaleza de las prestaciones en juego.

14. A fs. 849/850 vta. obra el dictamen de la Sra. Fiscal Jefe de la Tercera Circunscripción Judicial. Solicita la declaración de inconstitucionalidad del Art. 39 de la ley 24.557.

15. A fs. 852/853 luce dictamen de la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente.

Opina que corresponde revocar la sentencia dictada ya que perjudica el interés de la niña al considerar abstracto su reclamo por cumplimiento del contrato de seguro de accidentes celebrado con la empleadora. Afirma que dicho contrato no cubre la responsabilidad civil de la demandada por el ilícito dañoso por cuanto el seguro por accidentes personales y el seguro de vida no tienen carácter resarcitorio conforme lo planteara la citada en garantía en sus presentaciones.

Por ello, afirma que no corresponde supeditar el cobro de la indemnización al monto de dinero depositado por la aseguradora a la luz del principio del interés superior del niño.

16. A fs. 869/890 dicta sentencia la Cámara Provincial de Apelaciones, Sala 1.

En primer término, hace lugar al reclamo de Martín Mediavilla por el rubro "pérdida de la expectativa cierta de obtener asistencia en el futuro" cuantificándolo en la suma de \$20.000.

Respecto del agravio de la citada en garantía Zurich Argentina Cía de Seguros S.A., efectúa ciertas consideraciones en torno al contrato de seguros de personas (seguro de vida y de accidentes personales). Sostiene que existen dos posturas doctrinarias, una unicista -que establece que todo seguro -cualquiera sea- tiene la finalidad de reparar el daño que el siniestro produce y aquella otra -a la que



adhiera- que niega tal función indemnizatoria en los seguros contra personas.

Entiende que si bien puede asistirle razón a la apelante en cuanto a las consideraciones que efectúa en torno al carácter no resarcitorio del contrato de seguro por el que se la citó, tiene en cuenta que al momento de contestar la citación no opuso la correspondiente excepción de falta de legitimación pasiva que hubiera correspondido de entenderse que no era sujeto pasivo del reclamo.

Agrega que, por el contrario, adhirió a la contestación de la demandada y opuso la eximente de culpa exclusiva de la víctima, siendo tal conducta contradictoria con lo expuesto en su apelación. Además, expone que, con su citación, ha evitado que se le dirigiera cualquier otro reclamo que pudiera corresponder y, en este caso, su citación ha sido útil.

En consecuencia, concluye en no otorgar tratamiento oficioso a la excepción de falta de legitimación pasiva, no solo por ausencia de agravio y por ser una cuestión controvertida en derecho sino, principalmente, porque ello no tiene relevancia para modificar la imposición de costas.

Por otro lado, expresa que, respecto de lo decidido en torno a descontar el monto correspondiente al seguro de vida de la indemnización reconocida a la beneficiaria del seguro, Zurich no tiene agravio.

Con relación a la apelación esgrimida por la co-actora Claudia Fernández -en representación de su hija-, confirma el monto justipreciado en origen por pérdida de chance. Considera que la *A quo* debía pronunciarse efectivamente sobre la condena por pérdida de chance y daño moral, imponiendo los intereses respectivos desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago, más allá de que se descuenten en la liquidación los montos abonados por las aseguradoras.



Asimismo, aclara que no se pueden condenar a las citadas en garantía por el pago de los intereses cuando no hubo condena por el capital, siendo la única responsable la empleadora del occiso.

Luego, en punto a los montos abonados por la aseguradora Zurich manifiesta que, sin perjuicio de considerar -como la doctrina mayoritaria- que el seguro de accidentes personales no tiene carácter resarcitorio, ha sido la propia parte interesada quien solicitó que dicha suma se descontara de la indemnización a reconocerse en la sentencia judicial, además de peticionarlo la demandada a fs. 60. Por lo que entiende, la decisión de descontar ese importe de la indemnización llega firme a segunda instancia.

Y si bien -añade- no se soslaya que la Sra. Defensora al contestar la vista conferida ante la Alzada se explaya sobre esta cuestión y manifiesta que se perjudican los intereses económicos de la niña, tal ministerio público no interpuso en el momento procesal oportuno el correspondiente recurso de apelación el cual habilitaría el tratamiento de este agravio ante la Alzada. Por el contrario -insiste-, deja firme la decisión, ya que se notifica de la sentencia y manifiesta no tener observaciones que formular al respecto.

Distinta tesitura sigue respecto de los fondos que se deben descontar de la A.R.T., en los cuales advierte un error de cálculo, pues no se debe deducir lo recibido por la conviviente sino solo aquellas sumas que le corresponden a la niña por pago adicional como por el rubro prestación complementaria.

Por todo lo expuesto, revoca la sentencia en este aspecto, dicta un nuevo pronunciamiento de condena contra la demandada responsable y, oportunamente, ordena practicar la liquidación correspondiente. Con relación a esta última, establece descontar los fondos depositados por Zurich a la fecha en que los mismos fueran puestos efectivamente a



disposición de la niña (23/12/2014). Y los abonados por Q.B.E. Argentina A.R.T. S.A. se deberán circunscribir a lo percibido por la menor en concepto de pago adicional o prestación complementaria.

17. Contra dicha sentencia, interponen recurso de casación a fs. 899/917vta. la co-actora -Sra. Claudia Fernández -en representación de su hija menor de edad- y a fs. 918/936, la Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente los que, como ya se dijo, se admitieron por las causales previstas en el Art. 15º, incisos a) y b) de la Ley 1.406.

La co-accionante manifiesta que la sentencia viola e interpreta erróneamente la ley y doctrina legal y no tiene sustento suficiente en las constancias de autos, lo cual genera un fallo irrazonable y apartado notoriamente de la ley aplicable.

Refiere que si bien no formuló agravio con relación a lo resuelto en torno a descontar del monto de condena las sumas consignadas por Zurich Argentina Cía. de Seguros S.A., la cuestión mereció agravio expreso por parte de la Defensora de los Derechos del Niño quien, al contestar la vista conferida, adhiere a los fundamentos del recurso impetrado por la aseguradora citada y sostiene que en el interés de la niña corresponde revocar -en este aspecto- el pronunciamiento dictado en la causa.

Asimismo, agrega que, aunque así no hubiera sucedido, los jueces tienen el deber de tratar el asunto de oficio, en procura de la defensa de los intereses de la menor, tal como lo hicieran respecto de las sumas que ella recibió a título personal.

Considera que la Cámara al no hacerlo, interpreta y aplica erróneamente la ley (Art. 3 C.I.D.N.; 4, Ley 2302 la Observación General 14 del CIDN y las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de



vulnerabilidad) y doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que se plasma la oficiosidad que, por ley, rige en los procesos en los que se hayan involucrado intereses de un menor.

En resumidas cuentas, afirma que el pronunciamiento de la Alzada vulnera el interés superior de la niña y su especial protección reconocida como un deber de prestación positiva del Estado conforme lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño.

Por su parte, la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente de la III Circunscripción Judicial afirma que la sentencia en crisis viola, interpreta y aplica erróneamente la ley, vulnerando los principios de tutela judicial efectiva y oficiosidad del proceso que se desprenden de los Arts. 14, 16, 18, 42, 43, 75, inciso 22, 23 de la Constitución Nacional; 10 de la DUDH; XVIII de la DADH y 8 de la CADH.

Entiende que, ante la situación que afecta directamente los intereses de la menor, la jueza de grado debió aplicar la cuestión planteada por Zurich y por este Ministerio, ante la Alzada, porque el deber de priorizar el interés superior de las niñas/os y adolescentes no se encuentra reservado exclusivamente a sus representantes legales o al ministerio público sino que es un deber del Estado que todos sus poderes deben atender activamente.

Luego, afirma que el fallo resulta arbitrario en tanto la judicatura omite priorizar el interés superior de la niña, principio, éste último, de orden público que no puede ser eludido por los jueces intervinientes (Art. 3 y Observación General 14 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y 4 de la Ley 2.302). Cita jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso FURLÁN); de la Corte Suprema de Justicia de la Nación



(FALLOS 331:1352; 320.1291 CONSIDERANDO 9) y de este Tribunal (causa "ABELLO") en aval de su postura.

Por otro lado, precisa que si se descuentan del monto de condena las sumas dadas en pago por Zurich Argentina Cía. de Seguros S.A., atento la diferente naturaleza de los seguros de personas y patrimoniales, se produce un menoscabo al derecho de propiedad de la niña en tanto se vulnera un derecho por ella adquirido.

En definitiva, destaca que la decisión dictada inobserva y aplica erróneamente la normativa vigente, produciendo un perjuicio irreparable para la niña a quien se le vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso legal desconociendo su calidad de sujeto (Art. 1º ley 2.302).

II. 1. Ahora bien, comenzando el análisis de las piezas recursivas que se declararon admisibles, corresponde señalar que la instancia extraordinaria se abrió en razón de que la cuestión en debate abarca el interés superior de la niña a quien el ordenamiento constitucional y convencional reconoce como sujeto activo de derechos y le asigna especial protección.

2. La Cámara sentenciante, en lo que aquí respecta, ordena que se descuenta de la indemnización a percibir por la menor el monto de \$ 250.000 que Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A. abonó en concepto de seguro de accidentes personales.

Si bien comparte con un importante sector de la doctrina que este tipo de cobertura no tiene carácter resarcitorio, por lo que el capital asegurado se debe porque se percibió la prima -sin prueba del daño- aún cuando se hayan cobrado otros seguros o se haya abonado indemnización de parte de un tercero (Cfr. fs. 882 vta.) luego, considera que la decisión de efectuar dicho descuento llega firme de la instancia inferior en virtud de que fue la propia interesada



quien solicitó expresamente que dicha suma se descontara de la indemnización que se reconoce en la sentencia judicial, además de peticionarlo la empleadora en su responde de demanda. Sumado a ello, da preeminencia al hecho de que la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente no interpuso el pertinente recurso de apelación contra la sentencia de grado -que hubiese habilitado el tratamiento de la cuestión ante la Alzada- por sobre el dictamen realizado por dicho organismo pupilar a fs. 852/853 ante la vista conferida en dicha instancia.

3. Siendo así, la materia a dilucidar en este estadio, es si la solución dispuesta por la Cámara de Apelaciones, al decidir el descuento aquí impugnado, ha considerado primordialmente el interés superior de la niña o si por el contrario ha omitido su correcta ponderación.

4. Este Tribunal Superior de Justicia se expidió, en reiteradas oportunidades, en torno al interés superior del niño (Cfr. Acuerdos Nros. 5/05 "DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE S/ INCIDENTE DE APELACIÓN"; 3/16 "DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES C/ B.J. S/ ACCIÓN DE AMPARO" y 28/16 "A.J.E. C/ M.M.A. S/ IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD Y FLIAICIÓN", entre otros de esta Secretaría Civil) y expresó que dicho principio es un concepto complejo que ha ido adquiriendo un importante desarrollo en la normativa internacional y local, perfilándose en una dimensión que tiene por objetivo la protección de la totalidad de los niños, niñas y adolescentes.

En esta tónica, se recordó que el interés superior del niño, fue consagrado en la Convención de Derechos del Niño (Art. 3 CIDN) -elevada a rango constitucional por la reforma de la Carta Magna Nacional de 1994 por imperio del Art. 75, Inc. 22 de la Constitución Nacional- y sus alcances se precisan en la Observación Nº 14 del Comité de Derechos del Niño.



También, se tuvo presente que es el principio que rige la responsabilidad parental legislada en el Art. 639, inciso a), del Código Civil y Comercial de la Nación y un concepto central en la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061 (Art.3°).

En el ámbito local, se dijo que se consagra en el Art. 47 de la Constitución Provincial y Art. 4° de la Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia N° 2.302.

También se expresó que a partir de la sanción de la Convención Internacional de Derechos del Niño (en adelante C.I.D.N.) en 1989, se ha ido conformando un plexo normativo que brinda precisas directrices en orden a la interpretación y alcances de su articulado y en particular, del principio del interés superior del niño establecido en el Art. 3 y que obliga a los Estados partes.

Se recordó que la C.I.D.N. establece en su Art.3.1: *"en todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*.

Allí, se enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación en todos los derechos del niño, y lo entiende fundamentalmente, como un concepto dinámico y flexible que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto que nutre el caso particular.

El objetivo del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño, que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del infante (Cfr. Observación General N°5 párrafo 12, Comité Derechos del Niño).



Además, crea en sus Arts. 43 y 44 un órgano especializado para examinar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes, al que denomina: Comité de los Derechos del Niño.

Precisamente, se expuso que, para vigilar y analizar el cumplimiento de la Convención, el Comité se ha dado a la tarea de mantener una comunicación permanente con los Estados a fin de promover los derechos de la infancia y adolescencia internacional y para ello ha emitido hasta el presente 18 Observaciones Generales.

En lo que aquí interesa, resulta menester remitirse a la Observación General N°14, del 29 de mayo de 2013: "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial".

Dicha observación general proporciona un esquema de textura abierta para evaluar y determinar el interés superior del niño. Este principio, al ser un concepto relacional, resulta flexible y adaptable. De este modo debe ajustarse y definirse de forma individual, en relación a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo como norte el contexto, la situación y las necesidades personales. Todo ello permite señalar que la flexibilidad domina e integra el concepto, permitiendo de este modo su adaptación a la situación de cada infante y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. (Cfr. GUZMÁN, NÉSTOR LEANDRO, "La motivación de la sentencia y el interés superior del Niño. Aspectos prácticos de la ponderación en el derecho de familia"; publicado en DFyP 2016 (junio), 18 La Ley, cita on line: AR/DOC/1130/2016)

En el punto 1.A.6 "El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para



tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, o a un grupo de niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

A su vez, es un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

Y, por último, determina que es una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

Además, cabe puntualizar que el interés superior del niño debe ser una "consideración primordial" en la adopción de todas las medidas de aplicación. Y dicha expresión impone una concreta obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción ya que el interés superior del niño es una consideración cardinal que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome.

La expresión "consideración primordial" implica que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. Ello encuentra su justificación por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo,



carencia de voz) que tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses.

Sumado a lo expuesto, este Tribunal Superior remarcó, en los antecedentes citados, que la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente este derecho. En este marco, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterio se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del menor frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

En resumen, se advierte que la norma contiene una pretensión bien definida que es ubicar el derecho del niño por sobre cualquier interés en juego.

La judicatura no tiene que establecer entonces una jerarquía axiológica para evaluar si el interés superior del niño tiene más peso que cualquier otro interés en juego. En este sentido, la norma ya lo define señalando que el juez debe analizar, en un segundo orden y con una jerarquía móvil, las distintas cuestiones que pueden eventualmente debilitar el peso ya otorgado por la norma mediante una actividad de ponderación en el caso concreto. (Cfr. aut. y ob. cit. "La motivación de la sentencia y el interés superior del niño...")

5. Ahora bien, de la lectura de las sentencias dictadas en autos, tanto por la jueza de Primera Instancia como por la Cámara Provincial de Apelaciones surge evidente que no se hace mención, ni consideración alguna, a este derecho constitucional y/o convencional del "interés superior del niño".

Como podrá advertirse, la solución brindada -en el aspecto casado- cae en un criterio formalista que otorga



preeminencia a una cuestión netamente procesal por sobre la efectiva protección del derecho de propiedad de la menor. Y, a su vez, resulta discordante con la oficiosidad seguida por el tribunal en punto a los fondos que se debían descontar de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, ya que, en éste tópic, la judicatura se convierte en directora del proceso y modifica el error en que incurre la magistrada de la instancia anterior sin haber mediado petición expresa al respecto.

En lo que aquí interesa, el pronunciamiento en crisis pone el foco en que la representante legal de la niña y la empleadora peticionaron el descuento y que dicha cuestión llega firme a la segunda instancia, empero no meritúa el dictamen de la Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente ante la Alzada (Cfr. fs. 852/853) mediante el cual se denuncia los graves perjuicios económicos que sufría la menor con la decisión adoptada y que fueran alertados primigeniamente por la Aseguradora Zurich Argentina Cía de Seguros S.A. al contestar su citación en garantía (cfr. fs. 136/140 vta.)

Sabido es que,

"el interés superior concreto del menor en el caso debe primar por sobre todo tipo de formulismo o ritualismo, desde que si no se lo contempla, el proceso deviene hueco de todo contenido y precursor de todo tipo de iniquidades que el derecho, en todos los casos, y de modo particular en aquellos donde se encuentra en juego aquel superior interés, debe evitar consagrar por cualquier vía" (S.C.B.A. Ac. 82.098, 26-10-99, E.D. 189-34, punto 4, del voto de Pettigiani)

Y, es que, en este aspecto, el dictamen propinado por la Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente resulta complementario y de control en el ámbito judicial a la actuación de los representantes legales individuales y, en algunos casos excepcionales, hasta la reemplaza. La



intervención que le compete a la funcionaria citada, no sólo se limita a su carácter de representante complementaria. Es decir, a actuar en forma conjunta con los representantes legales de menores (padres o tutor), intervenir al lado de ellos y controlar sus actos. Compete a los defensores de menores una amplia gama de tareas en beneficio de la minoridad, ya que pueden actuar: A) aun supliendo la defensa, o B) en forma autónoma, ejerciendo la defensa de los derechos de los menores que carecen de representación legal.

Por lo antedicho, su actuación adquiere un rol trascendental si se advierte que la representación necesaria no está amparando -de modo satisfactorio- los derechos y/o bienes del menor, por inacción o defecto de la intervención y/o intereses contrapuestos, debiendo exponer la situación ante la judicatura y hacer cesar el estado de indefensión de la persona vulnerable. Pues, frente a un presunto interés del adulto se debe priorizar el del niño por aquella pauta interpretativa que nos brinda la Convención Internacional y cuya tutela debe prevalecer como factor primordial en toda relación judicial.

En este marco, la Alzada debió justipreciar el dictamen referenciado y ponderar los derechos de raigambre constitucional y convencional en juego, demostrando y explicando cómo se ha respetado el interés superior del niño en el caso concreto. Ello con la finalidad de ejercer un rol garante de la plena vigencia de los derechos de ese colectivo vulnerable.

Al no hacerlo, la Cámara incumplió la obligación del Estado de garantizar en todas las resoluciones judiciales el derecho del interés superior del niño en los términos prescriptos en el Art. 3 de la C.I.D.N. y analizado detalladamente, como ya se ha mencionado, en la Observación General Nro. 14 del Comité de Derechos del Niño.



Dicha omisión en que incurre la judicatura reviste gravedad por el carácter constitucional del derecho cuya ponderación se omite (Art. 75, inc. 22, C.N.), la calidad de persona en situación de vulnerabilidad de la niña A.M. (Reglas de Brasilia Ac. 4512/10 T.S.J. y Acordada Nro. 5/09 C.S.J.N.) y por encontrarse -como se dijo- la responsabilidad del Estado Argentino en el cumplimiento de las obligaciones contraídas con la comunidad jurídica internacional.

Se reitera, so pretexto de una cuestión procedimental, se resuelve sin que se encuentre garantizado el interés superior de la niña ni la satisfacción de sus derechos. Es que, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de un infante, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (Art. 3, último párrafo, Ley 26.061). Por ello, en aras de ese interés superior de la menor y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los que pudieren invocar los mayores.

Por todo lo expuesto, concluyo que hay infracción constitucional en tanto lo resuelto en la instancia anterior - en el aspecto casado- no se enmarca dentro de los cánones internacionales y constitucionales citados, omitiendo su consideración, y con ello la judicatura relega su obligación de brindar atención primordial al interés superior de la niña contemplado en el artículo 3,1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño (Arts. 75, inc. 22 Constitución Nacional y en la Observación Nro. 14 del Comité de Derechos del Niño).

6. De conformidad con lo dispuesto por el Art. 17, inciso c), de la Ley 1.406 cabe casar la sentencia de la Cámara Provincial de Apelaciones -sala I- en el tópic recurrido y recomponer el litigio conforme las razones jurídicas expuestas precedentemente.

Así, teniendo como norte, primordialmente, el interés superior de la niña A.M. se examinará el planteo



vertido por el Ministerio de Menores en su dictamen de fs. 852/853.

Se encuentra reconocido que la empleadora había celebrado un contrato de seguros por accidentes personales hasta el límite de cobertura de \$ 250.000 del cual resultó ser beneficiaria la hija del trabajador fallecido.

7. Los seguros colectivos por accidentes personales en la Argentina son considerados seguros de personas y el marco legal aplicable no es el de los seguros de responsabilidad civil. Ello fue insistentemente denunciado por la compañía aseguradora en cada una de sus presentaciones realizadas en autos (cfr. fs. 136/140 vta.; 188; 309 y vta; 835/838; 844/847)

Se los ha definido cuando una aseguradora se obliga al pago de una prestación en caso de que el asegurado sufre un daño permanente en la salud o fallezca a causa de un acontecimiento externo, súbito violento e independiente de su voluntad. (Cfr. FACAL, Carlos José María, "El seguro de vida en la Argentina", Editorial Lexis Nexis, Bs. As. 2007, pág. 263 y ss.)

Respecto de si el seguro de personas tiene carácter resarcitorio o no, se han definido dos posturas bien marcadas: la dualista y la monista.

Muchos sostienen que el seguro de personas no tiene carácter indemnizatorio y que no es requisito para su celebración que el contrato busque resarcir el daño que puede producir a terceros el fallecimiento. Insisten en que, a contrario de lo que sucede en los seguros patrimoniales o de interés, producido el siniestro, los beneficiarios o el propio asegurado no requieren presentar prueba del daño, que podría no existir (por ejemplo, si existen otros seguros vigentes o si el tercero percibe además una indemnización civil o laboral por muerte del asegurado o un beneficio de la seguridad social). Podría incluso darse el caso de que haya otras



personas, diferentes del beneficiario, que sufran mayores perjuicios por el deceso del asegurado y, no por ello, el asegurador podrá eludir el pago a los beneficiarios del fallecido. Concluyen, por lo tanto, que la causa de la prestación del asegurador es la prima percibida, no el daño sufrido. Y que el beneficiario recibe la prestación del asegurador por una decisión libre del propio asegurado o tomador de la póliza. Por lo tanto, sostienen bajo el nombre genérico de seguro se denominan dos tipos de contratos: uno indemnizatorio, que cubre bienes e intereses y en los cuales la indemnización se limita al daño efectivamente sufrido o a la suma asegurada, la que fuese menor. El otro tipo, el seguro de vida, que no tiene igual naturaleza, sino que consiste en estipulaciones a favor de terceros que serán percibidas por éstos últimos, sin que se requiera la demostración de haber sufrido ningún tipo de daño.

Otros autores, sin embargo, consideran que el seguro es uno solo y que tiene carácter indemnizatorio. Afirman que quien contrata un seguro de personas (especialmente de vida) presupone un daño y en función de él establece el capital asegurado. El pago de la suma asegurada está supeditado al acaecimiento del evento previsto en el contrato (acaecimiento del riesgo) sólo que no será preciso probar el valor del perjuicio, en virtud de una convención entre asegurador y asegurado [...] En los seguros de vida, indudablemente hay un daño aunque de difícil prueba a posteriori. Por eso es el asegurado quien lo estima y "quien designa el beneficiario", que no es otra cosa que la indicación de quién él considera que se verá damnificado (Cfr. FACAL, Carlos José María, "El seguro de vida en la Argentina", Editorial Lexis Nexis, Bs. As. 2007, págs. 15 y 16.)

Ahora bien, la definición del contrato de seguro prescripta en el Art. 1 de la Ley 17.418, están agrupadas las dos modalidades: seguros patrimoniales y seguros de personas.



En esta norma se hace referencia a la "indemnización" que es la obligación asumida por el asegurador en los contratos patrimoniales (que son indemnizatorios) y a la "prestación debida" que es la obligación asumida por el asegurador, si acontece el riesgo cubierto (en los seguros de personas) porque en materia de estos últimos seguros se puede asegurar la muerte o incapacidad total de una persona en cualquier suma de dinero (porque no es indemnizatorio) y solo se mantiene la equivalencia de prestaciones entre prima y riesgo y la prestación debida no es indemnizatoria.

8. De allí que entiendo que si el seguro de accidentes personales no ostenta carácter resarcitorio, por lo que el capital asegurado se debe porque se percibió la prima, sin prueba del daño, es que pueden acumularse el seguro contratado con Zurich Argentina Cía. De Seguros S.A. con la indemnización por reparación integral que fuera dispuesta a favor de la menor A.M. y, por ende, resulta ilegítimo el descuento propinado.

Y ello aún, cuando la propia representante legal de la menor peticionara que se efectúe dicha deducción, por cuanto, en lo concerniente al procedimiento, el "interés superior del niño/a" exige que el sistema no sea exclusivamente dispositivo. De ahí que, en caso de conflicto entre la aplicación de leyes que regulan los derechos del niño con otras disposiciones legales deben aplicarse las primeras.

Es que, como poder del Estado, el Poder Judicial no puede mantenerse ajeno ante el menoscabo en el derecho de propiedad de la menor A.M. porque -como se dijo reiteradamente- tiene que tener un rol activo como garante de la plena vigencia de los derechos y garantías de los niños/as y adolescentes consagrados a nivel constitucional.

Por otra parte, cabe precisar que para lograr el interés superior de la menor hay que flexibilizar el derecho formulario porque siempre ha de prevalecer la verdad real por



sobre la verdad formal y no se puede aceptar que una inadecuada elección de la fórmula o pretensión haga perder o menoscabar los derechos o intereses que ya tenía adquiridos la menor por ser beneficiaria de un seguro de accidentes personales.

"Cuando se trata de reclamos vinculados con prestaciones alimentarias a favor de menores -y, en el caso las sumas que se pretenden descontar tienen dicho carácter-, los jueces deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por las vías expeditas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que hoy cuentan con particular tutela constitucional"
(C.S.J.N. Fallos 324:122)

9. Con arreglo a los criterios expuestos, corresponde casar -en lo pertinente- el decisorio impugnado por haber mediado la infracción constitucional invocada, y en virtud de que los elementos sopesados resultan suficientes para fundar el dictado de un nuevo pronunciamiento en los términos del Art. 17º, inciso c), de la Ley 1.406, corresponde recomponer el litigio, mediante la revocación parcial del decisorio dictado por la Cámara Provincial de Apelaciones, sala I, disponiendo que no se descuenten de la indemnización a percibir por la menor A.M. el monto correspondiente al seguro de accidentes personales depositado por Zurich Argentina Cía de Seguros S.A. y transferido a fs. 798 y vta.

III. Con relación a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio de este Acuerdo, atento la forma en que se resuelve, se mantienen las costas determinadas en las instancias anteriores y se imponen las de esta instancia a la demandada vencida -Ambar Compañía Minera S.A.-, conforme al principio general y en miras al interés superior



del niño/a por el que se brega en los presentes. (Arts. 12 Ley 1.406 y 68 C.P.C.C.) **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

El señor vocal **Dr. ALFREDO A. ELOSU LARUMBE**, dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el **Dr. EVALDO D. MOYA** y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, **SE RESUELVE:** 1º) Declarar **PROCEDENTES** los recursos por Inaplicabilidad de Ley interpuestos por la co-actora Claudia Fernández -en representación de su hija menor de edad A.M.- y por la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente conforme lo considerado, y **CASAR**, en el aspecto recurrido, la sentencia de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales -Sala I-, obrante a fs. 869/890, por haber incurrido en la infracción constitucional invocada. 2º) De conformidad con lo dispuesto por el Art. 17, inciso c), del Rito, corresponde **REVOCAR** parcialmente el decisorio atacado -sólo en el tópico recurrido- y, en su consecuencia, disponer que no se descuente de la indemnización a percibir por la menor A.M. el monto correspondiente al seguro de accidentes personales depositado por Zurich Argentina Cía de Seguros S.A. y transferido a fs. 798 y vta. 3º) Mantener las costas de las instancias anteriores e imponer las de esta etapa a la demandada vencida -Ambar Cía Minera S.A.-, conforme lo expuesto en el punto respectivo (Art. 12º Ley 1406 y 68 C.P.C.C.). 4º) Dejar sin efecto la regulación de honorarios efectuada en la instancia de origen y establecer los estipendios de los letrados intervinientes ante la Alzada y en esta instancia casatoria en un 30% y 25%, respectivamente, de la cantidad que corresponda en su caso, por la actuación en igual carácter al aquí asumido, y conforme oportunamente se regule en Primera Instancia por la labor en dicha sede (Arts.



15° de la Ley de Aranceles). 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos a origen.

Con lo que se da por finalizado el acto que previa lectura y ratificación, firman los señores Magistrados por ante la Actuaria, que certifica.

Dr. EVALDO D. MOYA - Dr. ALFREDO A. ELOSU LARUMBE
Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - Secretaria Subrogante