

Doctrina

Una agenda para posibles reformas de la Ley de Concursos



Marcelo Gebhardt

Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Resumen.— II. Introducción.— III. Pautas hermenéuticas para una reforma.— IV. Instituciones que deben introducirse o reformarse.— V. Conclusión.

I. Resumen

La difundida insatisfacción que despiertan las soluciones de la ley concursal a los extendidos fenómenos de la insolvencia de las empresas y de los sujetos carentes de organización como tal, torna oportuno y aconsejable gestar una agenda para ordenar eventuales cambios legislativos que, sin un norte adecuado, pueden conducir a soluciones ineficientes para preservar el empleo, la inversión y la actividad productiva.

Para ello es preciso poner el acento en que las necesidades de una reforma tengan en su mira soluciones acordes y armonizadas con la legislación imperante en los países desarrollados y, sin perder de vista las realidades de nuestro país —frecuentemente heterogéneas según lugares y regiones—, tengan como ejes, en pos de la tutela de las empresas y el empleo los siguientes elementos: (i) la preconcursalidad; (ii) la inserción internacional de los procesos; (iii) la simplificación de los juicios concursales; (iv) la contemplación del fenómeno de la insolvencia de sujetos sin organización empresarial y (v) el adecuado funcionamiento de las organizaciones laborales como cooperativas.

II. Introducción (*)

La revisión, o las propuestas de reformas, de las leyes destinadas a regular los procesos concursales constituye una suerte de fenómeno constante no solo en nuestro país sino en la legislación comparada.

La consideración del tema en esta comunicación se vincula de manera directa con uno de los fines expresamente mencionados en los estatutos de esta Academia; me

refiero al art. 2, inc. 3 en el que se establece que se debe propender al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen legal. Naturalmente, la eventual reforma del derecho concursal o de bancarrotas (como aún reza el texto constitucional, en su art. 75), constituye un tema conectado al cuerpo normativo nacional y, en cualquier caso, las reflexiones que aquí se formulan tienen la intención de su mejoramiento.

En nuestro medio Héctor Cámara, en su monumental obra editada en 1978 destinada a comentar la ley 19.551, hace repaso, apoyado en autores ingleses, franceses e italianos que resumen que en cada uno de sus países en los años posteriores a la sanción de estatutos concursales —a pesar de haber estado precedidos de enjundiosos estudios y debates— se sucedieron innumerables proyectos de reforma y, ciertamente, muchas legislaciones que fueron cambiando los modelos de tratamiento legal al problema de la insolvencia. En Inglaterra, por dar solo un ejemplo de suma elocuencia que llamó la atención de Lyon-Caen, después de la ley de 1883, se sucedieron cuarenta y una leyes sobre la materia (1), que de un modo u otro la reformaron.

Es posible emparentar ese afán reformista e innovativo con el ámbito en el que opera la legislación falencial, esto es ante la situación de insolvencia y su natural efecto de insatisfacción generalizada de los diversos actores vinculados al sujeto cuyo patrimonio entra en crisis, a saber: sus empleados (que ven peligrar su fuente de ingresos), los proveedores, clientes, el propio empresario —o deudor no comerciante— que ve el demérito de su riqueza o de-

rechamente su pérdida en caso de quiebra, y hasta la propia comunidad o habitantes cercanos a la empresa que frecuentemente da vida a actividades aledañas en lo geográfico y ciertamente le conceden savia a una economía que puede empezar a languidecer, como deriva de esa crisis.

Frente a ese panorama agobiante (que frecuentemente se potencia con crisis sistémicas, de las tantas que hemos visto en nuestro país), es natural que nazcan impulsos de sectores afectados que busquen respuestas mejores, e incluso a veces empujadas por intereses sectoriales, que presionan sobre los poderes políticos o específicamente legislativos para cambiar las normas que dan respuesta a la insolvencia.

Como se advierte, así como otras ramas del derecho reclaman estabilidad y se tornan venerables sus textos legales por su permanencia y por la seguridad que ello apareja, las normas concursales envejecen rápidamente al fragor de palpables sufrimientos sociales, y son objeto de planteos reformistas que pretenden la adecuación de los regímenes legales a las velozmente cambiantes circunstancias de la economía.

Como dije, la Argentina no escapa a esa suerte de ansiedad que genera la crisis. Así pues la legislación de la materia ha producido cambios diversos y concretos —a veces de signo opuesto uno del otro— incluso en lapsos breves (2). Es que como se ha dicho con agudeza hace mucho tiempo: “...ciertas formas del crédito no se desenvuelven con estabilidad sino sobre bases relativamente improvisadas...” haciendo que el régimen sobre concursos pierda actualidad y envejezca rápidamente (3).

Hace unos pocos días, precisamente se cumplieron cincuenta años de la reforma trascendental que significó en la materia la sanción de la ley 19.551 (4), denominada “Ley de Concursos”, en cuya redacción tres de sus cuatro integrantes son o fueron miembros de esta Academia (5), siendo el cuarto también académico, pero de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (me refiero a Francisco Quintana Ferreyra).

Dicha norma constituyó un enorme avance de la legislación nacional, al colocarse en la vanguardia junto con las leyes italiana y francesa en pos de la defensa de la empresa como actividad útil para la comunidad; la sabiduría de su andamiaje sigue brindando hoy la base metodológica de la ley vigente (la 24.522 —o “Ley de Concursos y Quiebras” LCQ— que fue sancionada en 1995), la que a su vez recibió sustanciales reformas que le hicieron perder el cariz que le concedió el poder político de entonces, claramente antagónico con el actual.

En estos cincuenta años los cambios sucesivos dejaron la penosa impronta de la incerteza en ciertos aspectos, algunos claramente riesgosos, tal como lo constituye la regulación de las cooperativas de trabajadores pensadas para remplazar al empresario cesante, en ciertas circunstancias, brumosamente establecidas (volveré más adelante sobre este punto, pues es uno de los más relevantes para encarar una adecuada modificación que despeje los riesgos actuales de un uso abusivo del sistema), significando en cualquier caso tangibles amenazas a los empresarios y, al propio tiempo, disuasivos para cualquier entusiasmo de inversión.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 14 de julio de 2022.

(1) CÁMARA, Héctor, “El concurso preventivo y la quiebra”, Vol. I, p. 3 y cita al pie de Lyon-Caen en “Annuaire de Législation Étrangère”.

(2) En el año 2002 la LCQ fue modificada en aspectos

relevantes en febrero (ley 25.563), para luego dictarse una contrareforma —así se la llamó— en mayo (ley 25.589).

(3) PARODI, Horacio D., “Aspectos fundamentales de la ley de quiebras”, *Revista del Instituto de Derecho*

Comercial de La Plata N° 1, p. 93).

(4) Entró en vigencia el 02/07/1972.

(5) Carlos Malagarriga, Horacio P. Fargosi y Héctor Alegria.

Nota a fallo

Acoso escolar

Responsabilidad del establecimiento educativo. Contrato de enseñanza. Obligación de seguridad. C2aCiv. y Com., La Plata, sala II, 28/09/2021. - V., M. P. y otro/a c. Colegio La Inmaculada Instituto San José s/ Daños y perj. Incump. Contractual (Exc. Estado). 4

Responsabilidad del establecimiento educativo en casos de bullying

Jorgelina L. Rodríguez 4

Jurisprudencia

Beneficio de litigar sin gastos

Persona jurídica. Ausencia de prueba de falta de recursos para afrontar el juicio. Carga de la prueba. CNCiv., sala B, 11/08/2022. - Cooperativa de Vivienda, Cré-

dito y Consumo Credionce Limitada s/ Beneficio de litigar sin gastos. 10

Infracción tributaria

Transporte de trigo sin carta de porte. Infracción formal. Clausura del establecimiento. Decomiso de la mercadería. CFed. Bahía Blanca, sala I, 09/08/2022. - Recurrente Mollino Olavarría S.A. s/ Inf. Art. 40 Ley 11.683. 11

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

Para concluir esta introducción, debo señalar que la percepción general de la doctrina no es muy complaciente para con los resultados que arroja en la práctica el ordenamiento positivo, al punto que hace unos años un Congreso Nacional tituló, con algún grado de dramatismo, la temática central a abordar en dicha reunión científica con la inquietante propuesta de “la moralización de los concursos” (6). Y la comentada insatisfacción ha hecho nacer innumerables proyectos reformistas, a niveles políticos, parlamentarios y del PEN que, por ejemplo, a través del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación ha venido alentando con propuestas que se canalizan en el Centro de Estudios de Derecho Concursal que funciona en la Facultad de Derecho de la UBA bajo la dirección honoraria del Profesor Emérito Salvador Darío Bergel.

III. Pautas hermenéuticas para una reforma

Un recordado académico integrante de esta institución escribió hace mucho que una reforma a la ley de quiebras importa una tarea difícil e intrincada; sería la “cuadratura del círculo” del derecho comercial (7). Es que con facilidad se atribuye a la ley en cuestión los males sobre los que le toca arbitrar. Y por ello, insistiendo con el aporte de nuestros predecesores en esta corporación al tema que me ocupa hoy, me permito invocar también a Bibiloni, quien reclamaba, desde una mirada con notable perspectiva, hace casi un siglo, que el legislador debe conjugar el factor social, a causa de la interdependencia del crédito en la vida económica, con los diversos intereses en juego. Agregaba Bibiloni que a la sociedad le interesa proteger al deudor honesto y desgraciado, buscando soluciones que le permitan volver a la plenitud de la vida civil y económica, y no dejarlo indefinidamente en situación de insolvente, desposeído de gobernar su actividad y los bienes que pueda adquirir (8).

Es preciso, pues, que la agenda propiciada busque armonizar aspectos básicos que resultan afectados por la insolvencia y que paso a enumerar:

1) En primer término una ley concursal moderna debe aparecer en línea con los modelos actuales de tratamiento de la insolvencia a lo largo y a lo ancho del planeta, vinculados centralmente con la protección de las empresas y del empleo.

2) Esa legislación estará compelida a tratar, como no se ha hecho nunca en nuestro medio, el abordaje temprano u oportuno de las crisis, a través de un innovador derecho preconcursal, para evitar que las mismas no resulten irreversibles, tornándose ineficientes las soluciones normativas vigentes.

3) También deberá discriminar adecuadamente respecto de los sujetos a quienes afecte la insolvencia, introduciendo soluciones específicas para aquellas personas humanas que carezcan de organización empresarial.

4) Una reforma concursal deberá aceptar el tratamiento de la insolvencia transfronteriza, cuya importancia ha crecido de la mano del fenómeno de la globalización y de la interacción comercial de sujetos de diversos países.

5) La recuperación de las personas afectadas por una situación de insolvencia debe ser centro también de un futuro estatuto concursal, de manera de devolver rápidamente al circuito comercial a quienes fueron necesariamente excluidos por razón de su cesación en los pagos. Este principio —que ya había sido un aspecto basilar de la ley de 1995— debe adaptarse ahora al fenómeno de la generalización de las debacles económicas de las personas humanas que solo cuentan con un empleo.

IV. Instituciones que deben introducirse o reformarse

En adelante trataré un catálogo muy acotado de cuatro temas que debería encarar con premura una reforma para lograr una moderna y eficiente legislación concursal. Las limitaciones de esta comunicación me persuaden de la conveniencia de tan solo mencionar, al concluir, otras posibles instituciones susceptibles de mejoras, las que abordaré en el informe escrito que presentaré posteriormente.

IV.1. La preconcursalidad y la prevención de la insolvencia

Este tema ha sido objeto de extendidos debates y análisis en el derecho argentino (9), sin que la cuestión fuera saldada, cosa que sí realizó, poco tiempo atrás, el Parlamento Europeo cuando pronunciara su Directiva 1023 del año 2019. Obviamente esa norma no rige aquí, mas su fundamentación tiene un valor enorme que permite sostener que ya no es más dudosa la conveniencia de adoptar lo que ya es obligatorio para todos los países de la Comunidad Económica, esto es, establecer en los ordenamientos concursales de cada estado, marcos de reestructuración preventiva de empresas y de personas humanas que tengan riesgos de entrar en crisis patrimoniales, no solo de aquellas que pisen el umbral de la cesación de pagos, como ha sido tradición en dicho continente y, por cierto, también en estas latitudes.

Las instituciones preconcursales o de prevención de la insolvencia que ya fueron incorporadas a las leyes de diversos países —incluso comunitarios— venían perdiendo, antes de la mencionada directiva, la resistencia que generaron en origen. Su aceptación pasó a ser mayoritaria, dado que las bases de su formulación teórica son difíciles de controvertir: se trata de brindar a las empresas herramientas que, por inadvertencias, culposas o no, o por déficit legales, no tienen actualmente a disposición para acceder a sistemas de prevención de crisis cuya reversión, luego de configurada, resulta difícil o directamente imposible.

El legislador comunitario aporta pautas o herramientas para el armado legislativo de las respuestas preconcursales, acudiendo a las siguientes referencias que pueden ser base para la adopción del respectivo instituto en nuestro país: 1) sistemas de alerta temprana que puedan servir como advertencia de la vecindad de la crisis, tanto al deudor como a futuros afectados por la eventual insolvencia (trabajadores, acreedores, etc.); 2) modificación del presupuesto objetivo para la iniciación de los procesos concursales y/o preconcursales extendiendo la clásica situación de cesación de pagos a otros estamentos menos graves; 3) instauración de procesos extrajudiciales que sean a la vez dotados de seguridad jurídica; 4) la disponibilidad de

la iniciativa de procesos preventivos de la insolvencia (legitimación procesal activa), concedida no solo al deudor sino también a los ya mencionados eventuales afectados por la hipotética cesación de pagos en ciernes; 5) establecimiento de medidas específicas para acreedores vulnerables (involuntarios, los llamaba en algún caso Ángel Rojo en su memorable conferencia en el Congreso de Rosario de 2006 (10), a los acreedores de origen no contractual), o los “pequeños proveedores”, como especialmente los identifica la directiva; 6) las pruebas de viabilidad del plan (la directiva excluye a los deudores que no pueden probar la eficacia de la reestructuración); 7) ampliación de facultades del poder administrador o judicial que se encuentre a cargo de la dirección de estos procesos; 8) simplificación de procedimientos (ya se dijo que la excesiva formalidad de algunos de ellos, verificados en diversos Estados por el legislador comunitario, es un extremo de gran preocupación).

Sobre esto último volveré luego, pues se trata de una necesidad que resulta a esta altura esencial. No es razonable mantener la extensión temporal de los procesos actuales de insolvencia; y menos cuando conciernen a sujetos de escasa relevancia económica.

IV.2. Reformas sobre la insolvencia transfronteriza y especial regulación de los procesos de insolvencia de los grupos empresarios

Se ha dicho sobre el art. 2, inc. 2), art. 3, inc. 5) y art. 4 de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras (LCQ), es decir, las normas que tratan cuestiones de derecho internacional privado en materia concursal, son insuficientes para responder a las contingencias de los procesos de insolvencia transfronterizos y no alientan suficientemente la cooperación ni la coordinación internacional de esa eventual multiplicidad procesal.

Fue en función de ello que una comisión de expertos que actuara en 2018 en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, y con la especial intervención de los Dres. María Elsa Uzal y Adolfo A.N. Rouillon (cuya erudición en el tema es muy reconocida), formuló una propuesta legislativa que, en lo medular, ha adaptado a las necesidades de nuestro medio, y a las particularidades del derecho argentino, las reglas de la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional que fue aprobada por la Asamblea General de la ONU, en 1997 (11).

A dicha Ley Modelo, tiempo después, le fue adicionada una guía de prácticas para la incorporación a los derechos internos de cada país en función de lo cual, en aquel trabajo señero, se dio debida cuenta y se la ponderó con el objeto de evitar defectos de comunicaciones y de coordinación entre tribunales y administradores (síndicos) de las diversas jurisdicciones involucradas, los cuales —como allí se apuntó— hace más probable la dispersión de bienes o su ocultación fraudulenta.

Es preciso que trabajos de tan alta calidad jurídica tengan recepción en el derecho positivo nacional, alentando la cooperación internacional en materia de insolvencias transfronterizas, realzar la seguridad jurídica, amparar los intereses de todos los sujetos afectados y proteger los

bienes del deudor; incluso optimizando su valor en caso de liquidación de los mismos. Ello sin perder de vista la pauta que he señalado al inicio referida a la necesidad de proteger la empresa y el empleo (12).

Ese encomiable trabajo fue objeto de reciente debate e, incluso, de algunas modificaciones en el seno del ya mencionado Centro de Estudios de Derecho Concursal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el que protagonizaron la labor, nuevamente, los dos juristas recién mencionados, destacándose el aporte de otros especialistas que participaron de una Jornada académica que concluyó con una aprobación unánime de la propuesta legislativa formulada.

En ellas se destacan: a) la consagración de la igualdad de derechos de acreedores locales respecto de los extranjeros en la apertura de un concurso en la República Argentina; b) la facilitación del reconocimiento del concurso extranjero, solicitada por su representante ante el tribunal argentino; c) el reconocimiento del concurso extranjero como “concurso principal” si tramita en el país donde el deudor tiene el núcleo de sus intereses económicos; d) la posibilidad de decidir medidas (identificadas como “medidas otorgables”) por el tribunal argentino, a pedido del administrador foráneo, para proteger los bienes del deudor en beneficio de los acreedores de diversas jurisdicciones; e) instaurar por el representante extranjero en el país, acciones de ineficacia conforme, al ordenamiento argentino; f) regulación simplificada de sistemas de cooperación y comunicación entre los tribunales de diversos países y los representantes o administradores de los procesos que en ellos actúen.

Esta sucinta presentación de reformas posibles no sería completa, en este ámbito internacional, si no considerara otro instrumento también emanado de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil (CNMUDI), o UNCITRAL (por sus siglas inglesas), esta vez referido a la insolvencia de grupos de empresas cuyas unidades se hallen diseminadas en diversos Estados. Esta Ley Modelo data de 2019 y aporta elementos de vanguardia para ser incorporados a los derechos de los Estados miembros.

Me refiero, entre otros, a los conceptos de “solución colectiva de la insolvencia” y de “Procedimiento de Planificación”, que constituyen novedades tendientes a la flexibilización de formas, todas tendientes a la reestructuración eficiente de las empresas agrupadas y con sedes y procesos en diversos países (13).

IV.3. Soluciones concursales para los consumidores sobreendeudados o personas sin organización empresarial. Simplificación de procesos

Este subtítulo abarca dos situaciones distintas, pero claramente vinculadas entre sí, sobre las que el “aggiornamento” de las reglas vigentes parece imprescindible.

1. Desde la desaparición, hace décadas (en 1983), del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación del instituto del “concurso civil”, nuestro plexo normativo trató de forma igualitaria, es decir, a través de un mismo y único proceso colectivo, la insolvencia de empresas y de personas humanas, sin importar la configuración o no

(6) VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Rosario, Pcia. de Santa Fe, año 2006.

(7) SEGOVIA, Lisandro, “Introducción al estudio del Derecho”, t. I, p. 24.

(8) BIBILONI, Juan A., “Reformas al Código Civil Ar-

gentino”, t. II, p. 271.

(9) Quien expone formuló su tesis doctoral (publicada en el país y en Colombia por Editorial Astrea) denominada precisamente “Prevención de la insolvencia”, en 2008.

(10) En esa reunión académica le fue conferido el doctorado *honoris causa* por la Universidad Nacional

de Rosario, ocasión en la que pronunció dicha comunicación.

(11) Res. 52/158 del 15/12/1997.

(12) Una gran cantidad de países, incluso de la región, han adoptado ya la Ley Modelo de UNCITRAL (por sus siglas en inglés) o CNUMDI (VGR. México en

2000, Colombia en 2006, Chile en 2014, Panamá en 2017, etc.).

(13) Arts. 42 y 44 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUMDI sobre la insolvencia de grupos de empresas (Publicación de la ONU, enero de 2021).

de una unidad empresarial de la que sean titulares unas y otras, ni tampoco —desde otro ángulo— la, a veces, frecuente enormidad de ciertos patrimonios afectados por la cesación de pagos.

Solo aportó aquella reforma de hace casi cuarenta años, como novedad, la instauración de los pequeños concursos y pequeñas quiebras cuyas diferencias resultan poco trascendentes en términos de simplificación, acortamiento y economía en los procesos de sujetos de escasa entidad patrimonial.

Es así que hoy no resulta dudoso para la comunidad doctrinaria concursal local que es preciso regular de modo específico la insolvencia del consumidor, o de la persona sin organización empresarial de su patrimonio. No es razonable, en efecto, soslayar que en casos de personas carentes de activos significativos, social y económicamente, la inmersión en una ley que no atiende esa realidad puede afectar su dignidad. Este valor —el de la *vida digna*, entendido como el acceso a la alimentación, vestido y vivienda— es un derecho humano fundamental, según se ha señalado incluso en pactos internacionales; y está claro que un estatuto concursal que está pensado para proteger la empresa resulta visiblemente alejado de la necesidad de proteger tales aspectos de las condiciones mínimas de la existencia humana.

Esa mirada unívoca de los juristas de la especialidad viene de la mano de un fenómeno que trajo cierta modernidad vinculada a la continua invitación a la exacerbación del consumo, a la dación de créditos tan solo por tener el deudor un salario del Estado, en sus múltiples formas (o solo un salario en un empleo formal), de suerte de resultar sencilla la recuperación del crédito a través de los denominados “códigos de descuento” que las jurisdicciones nacionales, provinciales y municipales les conceden a ciertas entidades crediticias (a veces enmascaradas en mutuales u otras formas de pretendidos actores sociales). Es un dato de la realidad que en diversas jurisdicciones se han multiplicado los procesos concursales de maestros, policías, administrativos y cuanto personal del Estado pueda imaginarse, además de empleados de la actividad privada (14); frente a lo cual se hace más notoria la inidoneidad de los sistemas que se han pensado para resolver la insolvencia del comerciante o empresario. Un profundo estudio de un jurista marplatense, Hugo Anchával, demostró que ni siquiera era razonable equiparar en estas crisis a diversos grupos de deudores de pequeños patrimonios, ya que era distinta también la problemática de un consumidor sobreendeudado que la de un pequeño comerciante (15): un mismo remedio para todas las enfermedades no puede ser exitoso decía el mencionado autor.

En 2015 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación produjo una interesante propuesta, preparada por expertos del quehacer concursal (16), destinada a establecer un proceso concursal para esas personas que frecuentemente sufrían escarnios impropios de su dignidad. Ello sin desatender la insatisfacción generalizada de los dadores de crédito, a los que

no puede razonablemente abarcarse en esa categoría, a veces abusiva, que he mencionado.

Ese anteproyecto naufragó en el ámbito político, pues en las postrimerías de ese mismo año 2015, como es sabido, cambió el signo del partido gobernante y las autoridades entrantes no lo consideraron apropiado —eso escuché de las máximas autoridades del Ministerio que sucedió, sin oír de ellas el fundamento para esa descalificación—, mas no lograron avanzar en otra alternativa. También es del caso decir que, repuesto el signo partidario en 2019, hasta la fecha ni aquel buen trabajo ni nada sobre el particular impulsaron los responsables sucesivos, hasta la actualidad, salvo el referido aporte del Ministerio de Desarrollo Productivo, a instancias del Banco Mundial.

La necesidad subsiste, al igual que las propuestas de juristas, para avanzar en algún esquema que aborde esta problemática que, insisto, hace a la dignidad de la persona humana cuando llega a la hipótesis de sobreendeudamiento.

Con la sola idea de mencionar principios liminares de aquel trabajo anidado en el Ministerio de Justicia es del caso hacer un breve repaso de las ideas que se consensuaron: 1) La conformación de un proceso específico para tratar la insolvencia de personas humanas que no realizan actividades económicas organizadas; 2) la instauración de la figura de un *conciliador* (contador o abogado) llamado a determinar el pasivo y quien, además, obrará como facilitador del diálogo entre acreedores y el deudor; 3) la eventual imposición por el juez de un plan de pagos que proponga el referido conciliador, cuando no se arribe a las clásicas mayorías de acreedores que expresen su aquiescencia; 4) la necesaria contemplación de un sistema de liberación y descarga de deudas; 5) la ineludible contemplación, en todos los casos, de solución acordada o impuesta, de la subsistencia decorosa del deudor y su familia; 6) la eventual liquidación sin quiebra en caso de fracaso de la conciliación y 7) la liberación del deudor (o descarga de deudas) por los saldos insolutos, superando así vacíos o cavilaciones que emergen de los textos legales positivos (17).

2. La flexibilización o simplificación de los procesos es también una ausplicable reforma que puede aportar un mejoramiento de los sistemas de solución a los conflictos de insolvencia.

Estimo que excede el sentido de esta comunicación dar detalles de eventuales aspectos de los procesos concursales que podrían ser los destinatarios de tales simplificaciones, a lo que pueden añadirse las posibles adecuaciones a la modernidad que se han instalado ya en el ámbito judicial, a través de expedientes virtuales, trámites a distancia y otros resortes que se han impuesto incluso por razón del aislamiento que se impuso por la pandemia, que se abatió desde los albores de 2020.

Baste como muestra que los procesos de concurso preventivo en nuestro país nunca insumen menos de quince meses

para su trámite; y si se trata de concursos referentes a empresas con centenares de acreedores, la costumbre de los jueces es extender —inapropiadamente— los plazos de verificación y estudio sobre los créditos (18) por parte de los síndicos, concediéndose incluso los magistrados a sí mismos plazos extendidos para expedirse, en razón de la imaginada voluminosidad de la información a considerar.

Para sustentar la necesidad de la reforma, puede ser suficiente, creo, también recordar que el Parlamento Europeo, en su citada directiva de 2019, reclamó, con visos de obligatoriedad para sus Estados miembros, reducir por vía legislativa la duración de los procesos (19).

IV.4. Reforma del régimen de las cooperativas de trabajadores en la quiebra

La ley 26.684, del año 2011, produjo un cambio importante al regular con un ímpetu impensado y con deplorable técnica legislativa el eventual accionar de cooperativas de trabajadores en las situaciones de crisis de las empresas.

Se ha dicho incluso que cambió el paradigma de la conservación de la empresa y preservación del empleo por otro modelo definido como “*el fomento de la reconversión de las relaciones laborales en formas asociativas independientes para el rescate de las empresas en crisis...*” (20).

La cita transcripta constituye a mi juicio un eufemismo: se ha querido, desde mi óptica, reemplazar un modelo enraizado en el derecho de propiedad amparado por la Constitución Nacional, por otro en el que los trabajadores estén ampliamente amparados por la ley para reemplazar al empresario en la propiedad de la empresa, no bien este tenga un tropiezo en la solución de la crisis, soslayando definitivamente los derechos de los otros acreedores, cuya protección es casi nula.

La pretensión del legislador es bien visible en el art. 48 bis de la actual LCQ (que introdujo el mal llamado *cramdown* cooperativo) que permite desplazar al titular de los bienes de la empresa (o, lo que es igual, al conjunto de accionistas que representen el 100% del capital accionario de una sociedad), por un conjunto de trabajadores, ni siquiera todos, que utilizarían una antijurídica compensación sus acreencias para cancelar el precio de las acciones que se transfieren. Se acentúa más este desvío ideológico y jurídico cuando se impone adjudicar en forma directa a la cooperativa de trabajadores, en caso de quiebra de la empresa, por un precio que no se someterá a una compulsión o licitación todos los bienes (art. 205, inc. 2 de la LCQ), aplicando sus acreencias para cancelar el valor de tasación.

Los textos legales son gravemente deficientes y han merecido críticas de diverso calibre: desde calificarlos como un verdadero despojo de los activos concursales (21), hasta considerarlos un “...*extravagante desvarío de ostensible inconstitucionalidad...*” (22). Graziabile (un talentoso magistrado bahiense) señalaba al respecto el consenso que había logrado esta norma

en la doctrina nacional en tres aspectos: (i) su alambicada redacción que la torna casi inaplicable, (ii) su no resistencia a reproches constitucionales y (iii) el desconcierto generalizado sobre su aplicación (23).

Por mucho que pueda aceptarse que en casos excepcionales la cooperativa de los trabajadores contribuyó a sostener la actividad productiva (24), es evidente que la reforma es una necesidad imperiosa para retomar la sensatez y la protección del derecho de propiedad que ha sido claramente conculcado con los mencionados textos sancionados hace más de una década; aunque, es justo decirlo, han carecido de aplicación concreta, lo cual predica de la sensatez de nuestros jueces y de la anunciada dificultad interpretativa de las normas analizadas (25). Lo expresado no implica que los textos positivos están vigentes, a disposición de quienes quieran utilizarlos en desmedro del derecho de propiedad. A su vez, tal vigencia, opera sin dudas generando reticencias en los análisis de cualquier inversor, nada menos que en estos tiempos donde se aguarda que crezcan proyectos o emprendimientos de empresas para paliar la extendida crisis que padece nuestro país.

V. Conclusión

El legislador tiene mucho por hacer —y con cierta premura, en ciertos casos— pero los análisis precedentes exigen cautela y debate suficiente en ámbitos esclarecidos, para evitar nuevos desvaríos como los que se han descrito.

Más allá de ello, y ya fuera de la temática a la que hube de limitarme en esta comunicación, es preciso que la legislación nacional en materia de concursos y quiebras se ocupe de temas que también reclaman cambios, de los cuales me permito resaltar, sin que ello sea un límite, lo referido a (i) La responsabilización de administradores y terceros en las quiebras, sistema que actualmente parece difuso y poco eficiente, incluso por el impacto que sobre el mismo generó la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en 2015; (ii) los procedimientos liquidativos en las quiebras y (iii) la remuneración de funcionarios concursales.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2570/2022

Más información

[Di Chiazza, Iván G.](#), “Suspensión del secuestro extrajudicial en el concurso preventivo”, Pastore, José Ignacio, LA LEY 14/07/2022, 1, TR LALEY AR/DOC/2186/2022
[Barreiro, Marcelo G.](#), “Facultades del juez del concurso y medidas cautelares”, LA LEY 04/05/2022, 1, RDCO 314, 37, TR LALEY AR/DOC/1451/2022

Libro recomendado

[Ley de Concursos y Quiebras. Ley 24522](#)
Autor: Junyent Bas, Francisco
Edición: 5ª, 2021
Editorial: La Ley, Buenos Aires

(14) Un estudio realizado por la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza arrojaba en 2009 que entre el 70 y el 80% de los concursos que se tramitaban en esa jurisdicción era de personas físicas no comerciantes, o pequeños emprendedores sin matrícula o sencillamente consumidores (ver diario “Los Andes” del 16/10/2009).

(15) ANCHÁVAL, Hugo, “Insolvencia del consumidor”, Astrea, 2011, p. 3.

(16) Los juristas que la integraron fueron: Ariel A. Dasso, H. Osvaldo Chomer, Marcelo Haissiner, Francis-

co Junyent Bas, Alejandra Tévez y Daniel Vítolo, siendo su secretaria Gabriela Antonelli.

(17) GARCÍA, Silvana Mabel, “Extinción de obligaciones por la quiebra”, Astrea, 2010, p. 209 y ss.

(18) En el caso “Ribeiro S.A.” cuyo concurso se halla en trámite, el proceso de verificación de créditos solamente se estableció en un lapso de casi un año, incluso con sindicatura plural.

(19) En su Considerando (5) La Directiva del 20/6/2019 puntualiza que la excesiva duración de los procedimientos de reestructuración afecta los porcen-

tajes de recuperación de créditos y disuade a los inversores de ejercer actividades empresariales.

(20) VÍTOLO, Daniel R., “Derecho Concursal. Procedimientos de prevención...”, Ad-Hoc, 2011.

(21) RIVERA, ROITMAN, VÍTOLO, “Ley de Concursos y Quiebras. Actualización ley 26.684”, Ad-Hoc, 2011, p. 13.

(22) RIBICHINI, Guillermo Emilio, “Acuerdo preventivo judicial”, Astrea, 2011, p. 171.

(23) GRAZIABILE, Darío J., “Instituciones de Derecho Concursal”, Ed. La Ley, 2018, t. III, p. 220. Allí se

realizan varias citas, en especial de Ariel Dasso que titula un artículo mencionando “...la observable constitucionalidad del *cramdown* cooperativo...”, LA LEY, 2011-C, 1247.

(24) TÉVEZ, Alejandra, “Empresas recuperadas y cooperativas de trabajo”, Astrea, 2010, ps. 8 a 10.

(25) RIVERA - ROITMAN - VÍTOLO, ob. cit., ps. 235 y ss.

Nota a fallo

Acoso escolar

Responsabilidad del establecimiento educativo. Contrato de enseñanza. Obligación de seguridad.

1. - Conforme el art. 1767 del Código Civil y Comercial, acreditado el daño y su producción en el ámbito y bajo el control de la autoridad escolar, la institución educativa solo será eximida de responsabilidad ante la prueba del caso fortuito. [1]
2. - Al celebrarse un contrato de enseñanza, el titular del establecimiento educativo debe garantizar que si un alumno menor de edad que se halla o deba hallarse bajo el control de su autoridad escolar causa un daño a otro o él mismo sufre el perjuicio, responderá de las consecuencias y resarcirá al damnificado por el evento ilícito. [1]
3. - La responsabilidad del colegio demandado por incumplimiento del deber de seguridad ínsito en el contrato de enseñanza se encuentra acreditada, derivada de la deficiente tarea de detección oportuna de la problemática de acoso escolar, como de la incompleta acción ante su efectivo conocimiento.
4. - De las constancias documentales aportadas tanto por las partes y como por los terceros surge la existencia de situación de violencia física, moral y psicológica sostenida en el ámbito escolar, de lo cual el Colegio demandado tuvo efectivo conocimiento.

5. - El hijo de los actores fue víctima de intimidaciones y agresiones físicas y psicológicas en forma reiterada por parte de un compañero de aula dentro del ámbito del Colegio demandado. Estos ataques persistentes en el tiempo le causaron daño, temor y tristeza, lo que se traduce en la efectiva configuración de *bullying* o acoso escolar en su contra. De los cuadernos de comunicaciones, actas y testigos declarantes en esta causa, se tiene por acreditado que el *bullying* del que fue víctima el menor sucedió desde el inicio de la escuela primaria y hasta sexto grado.
6. - El colegio no contaba al momento de los hechos ventilados con un protocolo de actuación ante sospecha de situaciones de *bullying*, no realizaba cursos ni capacitaciones sobre la temática, ni contaba con gabinete ni consultas profesionales, como tampoco hizo la correspondiente denuncia ante los superiores jerárquicos cuando tomó conocimiento de los hechos.
7. - Es necesario que la escuela se comprometa genuinamente con las realidades de su comunidad, trabajando cotidianamente con los conflictos emergentes. Resulta ineludible que pueda verlos, escucharlos, reconocerlos y especialmente darles un lugar, abrirles las puertas. En cambio, negar los conflictos, ocultarlos o ignorarlos no detiene la violencia, sino que por el contrario la potencia, la naturaliza y la legitima.
8. - Que los padres de la víctima hayan tenido una reacción parsimoniosa e insuficiente ante la detección del *bullying* en contra de su hijo y que a su vez los padres del agresor no se hayan comprometido en abordar los problemas por los que su hijo tomó ese papel no debe traducirse en un eximente de la responsabilidad del colegio en donde los daños se produjeron, sino que da cuenta de la cadena de responsabilidades que en este caso se produjo.
9. - Dado que los episodios de violencia se generan en el seno escolar, es la institución educativa la que está en mejores condiciones —además de su profesionalidad en la tarea de formar— para afrontar esa problemática y por ello es la que debe asumir una actitud proactiva que involucre a las familias y no a la inversa. Muy lamentable resulta que el establecimiento escolar que imparte educación religiosa intente trasladar su responsabilidad inculcando a la familia del niño víctima de *bullying* y violencia ante una eventual pasividad, olvidando que esta, a su vez, es afectada indirecta por los hechos de violencia a los que es sometido su hijo en el ámbito escolar que el apelante gestiona y lucra en ello. Esto demuestra también ausencia de conocimiento de su rol frente a las situaciones de hostigamiento escolar (del voto del Dr. Hankovits).

C2aCiv. y Com., La Plata, sala II, 28/09/2021. - V., M. P. y otro/a c. Colegio

La Inmaculada Instituto San José s/ Daños y perj. Incump. Contractual (Exc. Estado).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/152208/2021]

Jurisprudencia vinculada

[1] En igual sentido. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C "Valdez, Roberto P. c. Colegio Esteban Echeverría S.A.E.", 19/12/2002, TR LALEY AR/JUR/6024/2002.

Contexto doctrinario del fallo

SAGARNA, Fernando A., "Responsabilidad Civil de los Establecimientos Educativos en el Código Civil y Comercial", RCyS2015-IV, 55, TR LALEY AR/DOC/901/2015.
FOLGAR, María Laura - MARTÍN, Patricia F., "Bullying: responsabilidad parental y del establecimiento escolar", TR LALEY AR/DOC/4816/2015.

Costas

Se imponen a la demandada vencida.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informaciónlegal.com.ar> o en Proview]

Responsabilidad del establecimiento educativo en casos de *bullying*



Jorgelina L. Rodríguez

Abogada (UNR). Egresada del Profesorado Superior en Derecho (UCA). Especialista en Derecho de Daños (UCA) y en Derecho de Familia (UNR). Adscripta de la materia "Derecho de Daños" en la Facultad de Derecho (UNR) (UCA). Docente de las materias "Obligaciones" y "Seminario de Responsabilidades Especiales" de la Facultad de Derecho (UCA). Docente del "Posgrado de Especialización en Derecho de Daños" de la Facultad de Derecho (UCA). Autora de los libros "Daños y Perjuicios en el Derecho de Familia", Editorial Nova Tesis (2018) y "Responsabilidad de los Padres y de los Establecimientos Educativos", Editorial Nova Tesis (2021). Secretaria del Instituto de Derecho de Daños del Colegio de Abogados de Rosario.

SUMARIO: I. Introducción.— II. El caso bajo análisis.— III. La responsabilidad de los establecimientos educativos en nuestro derecho vigente.— IV. El *bullying* como problemática social inserta en las aulas.— V. ¿Existe alguna eximente que pueda invocar la escuela para liberarse de responsabilidad en los casos de *bullying*?— Solo el caso fortuito.— VI. ¿La omisión de los padres de la víctima puede configurar una eximente para el establecimiento escolar?— VII. ¿Y el menor dañador responde?— VIII. ¿Y los padres del menor dañador responden?— IX. ¿La responsabilidad de los docentes puede verse comprometida en los casos de *bullying*?— X. Conclusión.

I. Introducción

En esta oportunidad, a partir del comentario de un fallo, analizaremos la responsabilidad de los establecimientos educativos en los casos de *bullying*.

No obstante, la sentencia comentada será el disparador a partir del cual se dejarán planteados otros interrogantes, que revisten un profundo interés social y jurídico ante el incremento y la gravedad de esta problemática.

II. El caso bajo análisis

II.1. Los hechos

En el caso que aquí nos ocupa, la sentencia de primera instancia admitió la demanda de daños y perjuicios por incumplimiento contractual interpuesta por los padres en representación de su hijo menor, a conse-

cuencia de los perjuicios padecidos por *bullying*, contra el Arzobispado de la Ciudad de La Plata —en su carácter de propietario de la Institución Educativa Colegio La Inmaculada Instituto San José—, condenándolo a pagar la suma de pesos cuatrocientos ochenta mil (\$480.000.-), más intereses con costas al demandado.

El decisorio fue apelado por el establecimiento educativo y la Cámara confirmó la sentencia apelada, imponiendo las costas de la alzada a cargo de la parte demandada vencida.

II.2. La resolución del tribunal

Habiéndose constatado en el proceso que el menor fue víctima de intimidaciones y agresiones físicas y psicológicas en forma reiterada —no aislada—, desde el inicio de la escuela primaria y hasta sexto grado,

por parte de un mismo compañero de aula dentro del ámbito del Colegio demandado, y que esos ataques persistentes en el tiempo le causaron daño, temor y tristeza, lo que se traduce en la efectiva configuración de *bullying* o acoso escolar en su contra, la Cámara responsabilizó al establecimiento educativo por los daños sufridos.

Para ello señaló que, al celebrarse un contrato de enseñanza entre los padres del menor y la escuela privada de educación religiosa, existen obligaciones a cargo de la institución, siendo la principal la de impartir instrucción escolar al menor, pero, a la par de ella, existe una obligación accesoria implícita de garantía a través de la cual la institución se obliga a velar por la salud física y moral de los alumnos y a devolverlos sanos y a salvo a sus padres.

"En estos términos, el titular del establecimiento educativo debe garantizar que si un alumno menor de edad que se halla o deba hallarse bajo el control de su autoridad escolar causa un daño a otro o él mismo sufre el perjuicio, responderá de las consecuencias y

resarcirá al damnificado por el evento ilícito. Es que el deber de seguridad se considera ínsito en todo tipo de contrato de enseñanza, incluida tácitamente con carácter general y accesorio en ciertos contratos para preservar a las personas o las cosas de los contratantes, contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato" (conf. CC0001 MO 49090 RSD-44-4 S 23/03/2004, Carátula: "Mareco Máximo y otro c. Páez Valdez Ruiz, Marta s/ daños y perjuicios") (1).

El tribunal concluyó que acreditado el daño y su producción en el ámbito y bajo el control de la autoridad escolar, la institución educativa solo será eximida de responsabilidad ante la prueba del caso fortuito (art. 1767 Cód. Civ. y Com.).

Y en el caso no se acreditó el caso fortuito o fuerza mayor.

Si bien la escuela implementó algunas acciones ante las situaciones de conflicto planteadas, tales como: mediar con los niños en conflicto, conversar con las familias, llevar a los alumnos involucrados al orato-

rio de la escuela (una pequeña capillita) para que reflexionen, reflexiones grupales y reuniones de convivencia, el tribunal entendió que “las estrategias utilizadas por el personal del colegio demandado resultan absolutamente insuficientes para la detección a tiempo y la solución de casos de bullying entre los alumnos. Es que no bastan con llamados de atención, reflexiones, rezos e invocaciones a Dios, todas actividades y recursos válidos y valorables, pero de modo alguno aptos como únicas intervenciones para abordar el conflicto (art. 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial). No se trata en el presente de la inacción de la institución escolar como refiere el apelante en sus agravios, sino de insuficiencia en los recursos y estrategias utilizados para afrontar un fenómeno de tal gravedad e inserción. Nótese además que —a partir de lo depuesto por los testigos antes mencionados— el Colegio no contaba al momento de los hechos ventilados en el presente con un protocolo de actuación ante sospecha de situaciones de bullying, no realizaba cursos ni capacitaciones sobre la temática, ni contaba con gabinete ni consultas profesionales, ni hizo la correspondiente denuncia ante los superiores jerárquicos cuando tomo conocimiento de los hechos. Tampoco se hizo referencia a la existencia de un pacto de convivencia tal como lo requiere la ley provincial 14750 (v. CD AVC testigos G. min. 16.30, A. min. 23.30, O. min. 49.35, C. min. 01.08.35, 01.08.55, 01.10.00 y 01.27.15, A. 02.58.35). En este extremo, dable es señalar que es necesario que la escuela se comprometa genuinamente con las realidades de su comunidad, trabajando cotidianamente con los conflictos emergentes. Resulta ineludible que pueda verlos, escucharlos, reconocerlos y especialmente darles un lugar, abrirles las puertas. En cambio, negar los conflictos, ocultarlos o ignorarlos no detiene la violencia sino que por el contrario la potencia, la naturaliza y la legitima (conf. www.bastadebullying.com). De allí, que la responsabilidad del colegio demandado por incumplimiento del deber de seguridad ínsito en el contrato de enseñanza —derivado de la deficiente tarea de detección oportuna de la problemática, como de la incompleta acción ante el efectivo conocimiento de la misma— se encuentre acreditada (arts. 384, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial)”.

III. La responsabilidad de los establecimientos educativos en nuestro derecho vigente

El Código Civil y Comercial de la Nación reconoce expresamente dos funciones de la responsabilidad civil (art. 1708, Cód. Civ. y Com.): preventiva y reparadora. Si bien tradicionalmente su función principal fue la de reparar, hoy, paralelamente a ella, se regula la función preventiva en la sección segunda del capítulo de la Responsabilidad civil (arts. 1710 a 1713, Cód. Civ. y Com.). Es decir, lo deseable en primer término es que el daño no se alcance a producir.

III.1. El deber de prevención del daño también alcanza a los establecimientos educativos:

En este entendimiento, el titular del establecimiento educativo, sus directivos, docentes y personal no docente, no quedan exentos del deber de prevención que pesa sobre toda persona física o jurídica (art. 1710 Cód. Civ. y Com.); y en el desarro-

llo de sus actividades deberán, en cuanto de ellos dependa: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; (...), c) no agravar el daño, si ya se produjo.

En caso de desplegar acciones u omisiones antijurídicas que hagan previsible la producción de un daño —por ejemplo para los alumnos—, su continuación o agravamiento, los establecimientos educativos pueden ser legitimados pasivos de una acción preventiva del daño (art. 1711, Cód. Civ. y Com.), y la sentencia que la admita deberá disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debiendo ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad, conforme a lo previsto por el art. 1713, Cód. Civ. y Com.

Esta función de prevenir daños por parte de los establecimientos educativos y los docentes también surge de la ley 26.206 de Educación Nacional, que en su art. 126, inc. d) declara el derecho de los alumnos a “ser protegidos/as contra toda agresión física, psicológica o moral” y paralelamente en su art. 67, inc. e) dispone como una de las obligaciones de los docentes “proteger y garantizar los derechos de los/as niños/as y adolescentes que se encuentren bajo su responsabilidad, en concordancia con lo dispuesto en la ley 26.061”.

También la jurisprudencia había destacado la importancia de prevenir los daños en el ámbito escolar, aun antes de la reforma e incorporación expresa en el Código unificado.

“La obligación asumida por los establecimientos educativos conlleva la de poner en juego mecanismos y conductas tendientes a superar las características de los comportamientos de los menores, de modo que el alea inherente a la dificultad de prever sus acciones deba cargarse a la cuenta del deudor de la obligación de su cuidado, cuya liberación no será posible mediante la demostración de una conducta del menor a la se reputa inesperada o imprevisible” (2).

“Concluir que al celebrarse el contrato de enseñanza no se contempló el deber de resguardar la integridad física, psíquica o moral del alumno se traduciría en una actitud desaprensiva de quien tiene a su cargo un establecimiento educativo, pues no solo tiene el deber genérico de no dañar, sino el específico y preexistente de adoptar las medidas de prevención, cuidado y vigilancia para preservar a los alumnos de los daños que puedan producirse durante la ejecución del contrato, cuyo desarrollo evidentemente comporta riesgos” (3).

“Por otra parte, la prevención del daño va estrechamente de la mano de la función propia de las escuelas, que es educar: también en ese cuidado de sí mismo, del otro y de las cosas deben ser educados los alumnos, como parte de su proceso formativo integral” (4).

En el caso bajo análisis, se probó que el accionar del Colegio fue deficiente en

la detección y tratamiento del bullying, no adoptó las medidas de prevención del daño requeridas por la sostenida situación de hostigamiento a lo largo de varios años (del año 2013 al 2019).

El voto del Dr. Hankovits señala expresamente el deber de prevención que pesa sobre el establecimiento escolar: el bullying es “un tipo de conflicto social que se desencadena en las instituciones educativas, en el que, a través de conductas psicológicas o físicas, se hostiga a un alumno en el marco del establecimiento, quebrantando su intimidad, avasallando su dignidad e inclusive violando sus derechos personalísimos (Folgar, María Laura - Martín, Patricia F., “Bullying: responsabilidad parental y del establecimiento escolar”, en TR LA LEY AR/DOC/4816/2015)”. Esto es, el ámbito central en que se desarrolla el mismo es el establecimiento educativo de allí la mayor significancia de sus autoridades en prevenir y erradicar las conductas disfuncionales que generan dicho fenómeno y la consecuente mayor responsabilidad que asumen dichas instituciones. Ello así, pues las familias han elegido esos establecimientos depositando la confianza de la instrucción educativa y han delegado en ellos la guarda legal de sus hijos o hijas; son entes (o deberían serlo) profesionales en brindar educación integral y en concientizar en valores para evitar el acoso escolar o los actos de violencia que se produzcan en sus ámbitos. Por ello, “Es clara la necesidad de tomar medidas de urgencia ante la certeza de que se ha instalado una dinámica de bullying en un grupo escolar. Estas medidas apuntan a proteger al niño hostigado, sancionar a quien hostiga y replantearse temas de convivencia en el curso y en la institución escolar” (Zysman, María, “Bullying, Cómo prevenir e intervenir en situaciones de acoso escolar”, Paidós, Buenos Aires, ps. 65 y 66)” (5).

III.2. Ante el acaecimiento del daño injusto, ¿cuándo debe reparar el titular del establecimiento educativo? Responsabilidad “ultra agravada”

La obligación de resarcir a cargo del titular del centro educativo requiere —como toda responsabilidad civil— la presencia de los cuatro presupuestos: antijuridicidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución.

Esta responsabilidad especial está regulada en el art. 1767 del Cód. Civ. y Com., en la Sección 9ª: “Supuestos especiales de responsabilidad”, que establece sus particulares requisitos de procedencia: daño causado o sufrido por un alumno, minoridad del alumno dañador o dañado, y que el daño se produzca cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar.

“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 exige solo 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”.

Así, el Código unificado mantiene en general lo previsto por el anterior art. 1117 Cód. Civil (modificado por la ley 24.830), pero introduce las siguientes novedades:

- Responsabiliza al titular del establecimiento educativo, ya no al propietario. Se advierte que el término “titular” es más acertado que “propietario”, y puede tratarse tanto de una persona humana como jurídica.

Quien responde es el titular del establecimiento educativo, sea o no propietario del inmueble donde aquel funciona y se dictan las clases. La doctrina es unánime (6).

“El concepto de titularidad no debe ser asimilado al del dueño del inmueble en el que se desarrollan las actividades, sino a la persona que regentea la empresa educativa, esto es, quien organiza y gestiona el desarrollo de la actividad por su propio interés” (7).

“El sujeto responsable no es el dueño del inmueble (que puede haberlo entregado en locación o en comodato o por algún otro título a otra persona humana o jurídica para que allí funcione la escuela), sino el titular o propietario de la escuela misma, el empresario educativo (tenga o no fin de lucro en esa empresa). Eventualmente, la responsabilidad del propietario del inmueble se registrará por lo dispuesto en el art. 1757 del Cód. Civ. y Com., equivalente al antiguo art. 1113” (8).

Explican Pizarro y Vallespinos que “el propietario es el titular por naturaleza del establecimiento. Pero pueden serlo también otras personas: el arrendatario, el usufructuario, fiduciario, etc. Todo aquel que tiene a su nombre un título suficiente que le otorga un derecho sobre un establecimiento educativo, ejercite o no la dirección efectiva del mismo, es titular a los fines de la norma y responde objetivamente por el riesgo creado y de empresa que dimana de su actividad. En el ámbito del derecho del consumidor, es también titular quien pone su marca en el establecimiento educativo, presentándose pública y ostensiblemente como proveedor profesional de dicho servicio (art. 40 Ley 24.240)” (9).

Galdós y Valicenti dicen que el titular del establecimiento “es quien posee facultades de dirección y organización de la “empresa educativa”, y aclaran 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” (10).

De lo expuesto cabe concluir que hay acuerdo doctrinal en que el legitimado pasivo es el titular del establecimiento educativo — persona humana o jurídica que organiza y gestiona el servicio educativo—,

(2) CContenciosoadministrativo, Tucumán, sala I, “Zanzul, Francisco G, y otra c. Provincia de Tucumán y otra s/daños y perjuicios”, 25/06/2012, TR LALEY AR/JUR/41579/2012

(3) CNCiv., sala F, “Valdez, Roberto P. c. Colegio Esteban Echeverría SAE s/ daños y perjuicios”, 19/12/2002, TR LALEY AR/JUR/6024/2002.

(4) NAVARRO FLORIA, Juan, “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el nuevo Código Civil

y Comercial”, *El Derecho* 15/05/2017, Nº 14.181 - AÑO LV - ED 272, p. 4

(5) Voto del Dr. Hankovits, C2aCiv. y Com., La Plata, sala II, “V., M. P. y otro/a c. Colegio La Inmaculada Instituto San José s/ Daños y perj. Incump. Contractual”, 28/09/2021, TR LALEY AR/JUR/152208/2021

(6) KEMELMAJER de CARLUCCI, “La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997”, LA LEY, 1999-B,

1047, en esp. n. VIII; MOSSET ITURRASPE, “Responsabilidad por daños”, t. IX, *Responsabilidad de la empresa*, ps. 314/315; citados por PIZARRO, Ramón Daniel, - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, en “Tratado de Responsabilidad Civil”, Rubinzal Culzoni, 2018, t. II, p. 83.

(7) REYNA, Carlos A., “Comentario al art. 1117 del Código Civil”, en Alberto J. Bueres (dir.) y Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis*

doctrinario y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3-B, p. 21.

(8) NAVARRO FLORIA, Juan, ob. cit.

(9) PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, ob. cit., t. III, ps. 83 y 84.

(10) GALDÓS, Jorge M. - VALICENTI, Ezequiel, “Daños causados y sufridos por alumnos menores de edad durante la actividad educativa”, LA LEY, 2016-E, 727.

no el propietario —titular del derecho real de dominio— del inmueble donde funciona. Esto no quiere decir que este último quede exento de responsabilidad, la que se le podría imputar pero por aplicación del art. 1758 del Cód. Civ. y Com., no por el régimen del art. 1767 Cód. Civ. y Com.

- Suprime la referencia a *privados o estatales* — A diferencia del anterior art. 1117 Cód. Civil, que abarcaba expresamente a los establecimientos privados y estatales, el nuevo art. 1767, Cód. Civ. y Com., nada dice, omisión que resulta coherente con la decisión de regular la responsabilidad del Estado por las normas y principios del Derecho administrativo.

Así, en el art. 1764 el Código unificado establece que todas sus disposiciones en materia de responsabilidad civil “no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”, y en el art. 1765 agrega que “la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

Por lo tanto, el régimen de responsabilidad especial regulado por el actual art. 1767 Cód. Civ. y Com. solo es aplicable a los establecimientos privados, aunque en aquellos casos de laguna legislativa cuando la provincia no hubiere adherido a la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado Nacional ni dictado su propia normativa, calificada doctrina (11) se inclina por la aplicación analógica del art. 1767, Cód. Civ. y Com., a los establecimientos educativos públicos de gestión estatal.

- La norma no se aplica a los establecimientos de educación “superior” o universitaria. El anterior art. 1117 Cód. Civil expresamente aclaraba que la norma no se aplicaba a los establecimientos de nivel “terciario” o universitario.

El Código Civil y Comercial eligió referirse a “educación superior” y no “establecimientos de nivel terciario”, expresión que resulta más armónica con lo previsto por la ley 26.206 de Educación Nacional, que en su art. 17 estructura al Sistema Educativo Nacional en cuatro niveles: la Educación Inicial, la Educación Primaria, la Educación Secundaria y la Educación Superior (...) y en el art. 34 detalla que la Educación Superior comprende: a) Universidades e Institutos Universitarios, estatales o privados autorizados, en concordancia con la denominación establecida en la ley 24.521; b) Institutos de Educación Superior de jurisdicción nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de gestión estatal o privada.

De manera que “educación superior” incluye a la educación universitaria, por lo que la redacción del art. 1767, Cód. Civ. y Com. —al decir “superior o universitaria”—, es redundante, bastaba con decir *superior*.

- Extiende la responsabilidad del establecimiento educativo a los casos donde el menor de edad se halle o deba hallarse bajo el control de la autoridad escolar, en consonancia con las elaboraciones doctrina-

narias y jurisprudenciales a través de los años.

- La nueva redacción se refiere a autoridad escolar, mientras que el texto anterior hacía referencia a la *autoridad educativa*. Con el texto anterior se podía malinterpretar que la “autoridad educativa” era el Ministerio de Educación o la autoridad equivalente de cada jurisdicción, ya que en la ley 26.206 la expresión “autoridad educativa” tiene ese alcance. Ahora queda claro que se refiere a la autoridad de la institución donde acaeció el daño.

- Establece expresamente que la responsabilidad es objetiva, reafirmando como única causal de exoneración el “caso fortuito”.

Se trata entonces de una responsabilidad objetiva agravada, y por ello algunos autores (12) la califican de “ultraobjetiva”.

Pero si bien la nueva norma establece que el factor de atribución es objetivo, no lo identifica específicamente. Para algunos autores el factor de atribución o fundamento de esta responsabilidad anida en el riesgo creado o de empresa (13), para otro sector, en la garantía (14); y para otros, en ambos, ya que no resultan incompatibles, porque el factor de atribución se encuentra en una garantía creada por la ley, fundada en el riesgo de la empresa (15).

Nosotros entendemos que no resultan incompatibles, y destacamos que cuando el daño es sufrido por el alumno (responsabilidad contractual), existe además un deber de seguridad a cargo del establecimiento educativo, como afirma el fallo que aquí comentamos.

Kemelmajer de Carlucci ha dicho que los establecimientos educativos asumen contractualmente, junto con la obligación principal de prestar educación, una obligación de seguridad cuyo incumplimiento hace nacer su responsabilidad directa, y que su asunción significa garantizar la indemnidad del menor en su integridad física y moral como bien diferente de la obligación principal (16).

Gregorini Clusellas (17), por su parte, hace referencia a la inserción de esta cláusula en los contratos de enseñanza.

Esta postura es unánime en la doctrina, razón por la cual no hay dudas de que la obligación de seguridad se encuentra inserta en todo contrato de enseñanza, ya sea en forma tácita o expresa.

- En el segundo párrafo reafirma que se debe contratar un seguro de responsabilidad civil, atribuyendo el deber de contralor a la “autoridad en materia aseguradora”, modificando la redacción que hacía referencia a la “autoridad jurisdiccional”.

III.3 Aplicación de la normativa de protección del consumidor y el usuario (ley 24.240)

Explican Galdós y Valicenti (18) que “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”. Así, entienden estos autores que “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 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, CCN; art. 2, LDC)”.

Sagarna considera que “a las instituciones escolares se les aplica la ley de defensa del consumidor (conf. arts. 1 y 2, ley 24.240 —Adla, LIII-D, 4125—), por lo que ante la duda, el juzgador podrá hacer uso del principio in dubio pro consumidor con base en el art. 3 de esa norma. Estamos frente a la prestación del servicio educativo y, por ende, resultan aplicables a la educación (estemos frente a un contrato de enseñanza o no) las normas del derecho del consumidor” (19).

Explica Hernández que “el Cód. Civ. y Com. amplió el catálogo de contratos nominados o tipificados, lo que no ha supuesto regular a todas las operaciones jurídicas que actualmente operan en la vida económica y social, subsistiendo la atipicidad en muchos sectores. En este ámbito se sitúa al contrato de prestación de servicios educativos privados, el cual carece de un tipo legal que lo capte. Sin embargo, ello se suple por tratarse de un supuesto paradigmático de contrato de consumo, susceptible de subsumirse en los términos de los arts. 1º, 2º y 3º de la LDC, y en el arts. 1093 del Cód. Civ. y Com. Tal encuadramiento permite aplicar las normas protectorias del orden público que rige a las relaciones de consumo —art. 42 de la Constitución Nacional (CN)— [12], junto a los principios propios de la disciplina (art. 3º LDC y 1094 Cód. Civ. y Com.) y a los generales del derecho, en especial los de buena fe (art. 37 LDC y 9º Cód. Civ. y Com.), abuso de derecho (art. 8 bis y 37 LDC y art. 10 y 1120 Cód. Civ. y Com.), y protección de la confianza (art. 1067)” (20).

Recientemente, en un lamentable caso (21) de abuso sexual de una alumna en un establecimiento escolar, no solo se aplicó la Ley de Defensa del Consumidor (24.240), sino que además se concedió la pretensión de daños punitivos a favor de la niña, conforme a lo dispuesto en el art. 52 bis de dicha ley.

IV. El bullying como problemática social inserta en las aulas

IV.1. Concepto

En el pronunciamiento aquí comentado, el tribunal comienza su análisis partiendo

de la definición de *bullying* consensuada entre la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la reconocida organización no gubernamental Internacional *Bullying Sin Fronteras*, conforme la cual “el bullying o acoso escolar es toda intimidación o agresión física, psicológica o sexual contra una persona en edad escolar en forma reiterada de manera tal que causa daño, temor y/o tristeza en la víctima o en un grupo de víctimas” (22)

Por ello, destaca que no todo acto violento es *bullying*: “No es lo mismo pelearse con alguien una vez o discutir en un juego, que maltratar siempre a la misma persona, con intención de hacerla sentir mal. Esto último es el acoso escolar” (23). En definitiva, se trata de una conducta de persecución física o psicológica que realiza un/a contra otro/a, que lo escoge como víctima de repetidos ataques y de la que difícilmente puede salir por sus propios medios.

La Cámara analiza adecuadamente la situación como una problemática social, que sufre no solamente de quien lo padece o ejerce, sino de toda la comunidad educativa: alumnos, docentes y familias, destacando a los diversos actores involucrados en el proceso de configuración de *bullying*:

a) *El hostigador/acosador*: que idea el hostigamiento y puede o no ser quien lo ejecuta. Generalmente es el líder del grupo y tienen necesidad de demostrar fuerza y poder.

b) *El hostigado/acusado*: si no puede defenderse ya sea física o verbalmente, seguirá siéndolo hasta que otro tome su lugar o hasta que pueda haber una intervención de un adulto.

c) *Los seguidores*: los que apoyan al líder. Son los que soportan el hostigamiento, los que muchas veces lo ejecutan y los que festejan todas las acciones del líder. Sin ellos el *bullying* no tendría sentido para el líder.

d) *Los espectadores y testigos*: los que miran sin decir nada, los que se ríen de lo que pasa y los que intentan detener el hostigamiento ya sea directamente o reportándolo.

e) *El personal de la escuela*: los maestros, preceptores, los directores, el conductor del micro, etc., son los que deben detectar el *bullying* e intervenir inmediatamente.

f) *Los padres*: son los responsables de detectar cambios en sus hijos y conversarlos con las autoridades del colegio.

Concluyendo que todos ellos son parte integrante del conflicto y por lo tanto se requiere de una intervención eficaz, el involucramiento de todos para una solución efectiva (24).

En el caso bajo análisis se acreditó que la víctima sufrió una agresión psicofísica integral a lo largo de varios años, pues era vulnerado, descalificado, hostigado, acosado y de esto participaba un compañero en

(11) ALGARRA, Alejandra M. R., “El nuevo Código Civil y Comercial y la Responsabilidad del Estado”, Zeus, N.º 13104, del 01/08/2016; ANDRADA, Alejandro D., “Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios. La situación en las Provincias”, La Ley, Buenos Aires, 2017, ps. 50 y 54; SAGARNA, Fernando A., “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV, 255.

(12) PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, ob. cit., t. III, p. 84.

(13) MOSSET ITURRASPE, ob. cit., ps. 314 y 315, LÓPEZ HERRERA, en RIVERA y MEDINA (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, t. V, p. 14, entre otros.

(14) SAGARNA, Fernando A., ob. cit., n. 2017-2, ps. 103 y ss.

(15) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ob. cit., y PIZARRO - VALLESPINOS, ob. cit., p. 85.

(16) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ob. cit.

(17) GREGORINI CLUSSELLAS, Eduardo, “La obligación de seguridad impuesta a quien se encomiendan meno-

res”, LA LEY, 1989-B, 495.

(18) GALDÓS, Jorge M. - VALICENTI, Ezequiel, ob. cit.

(19) SAGARNA, Fernando Alfredo, “Responsabilidad civil del establecimiento educativo para alumnos con capacidades distintas. La eximente “caso fortuito”, LA LEY- 2010-E, 15, TR LALEY AR/DOC/5680/2010

(20) HERNÁNDEZ, Carlos A., “La tutela de la dignidad de los consumidores hipervulnerables. A propósito de la respuesta judicial frente a las consecuencias del abuso sexual padecido por una niña en un estableci-

miento educativo”, LA LEY 17/12/2020, 5, TR LALEY AR/DOC/3876/2020.

(21) CNCiv., sala M, “A., C. H. y otro c. Fundación Educar s/ daños y perjuicios”, 01/07/2020, con comentario de HERNÁNDEZ, Carlos A., TR LALEY AR/DOC/3876/2020

(22) conf. <https://bullyingsinfronteras.blogspot.com/>

(23) conf. www.ioma.gba.gov.ar/index.php/no-te-sumes-ni-permitas-el-bullying/

(24) Grupo CIDEP —Centro de Investigaciones del Desarrollo Psiconeurológico— Equipo Bullying Cero Argentina.

especial, como el líder, pero había todo un contexto de compañeros que también favorecían esa situación respondiendo a las órdenes del líder, entonces empezó a sentir menosprecio, desvalorización y se limitó su accionar social a algunos compañeros con los cuales tenía un apego afectivo más significativo

IV.2. Normativa en materia de bullying

En el caso que aquí comentamos, el tribunal realiza un *racconto* legislativo a fin de dar cuenta de la recepción normativa de esta honda problemática social, del cual surge no solo la definición de *bullying* o acoso escolar, sino también el marco normativo y las acciones mediante las cuales debe asegurarse una intervención efectiva de los distintos actores a los fines de evitar su producción. Así menciona a:

- La Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional con jerarquía constitucional —conforme el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna—. Específicamente señala que en el ámbito escolar “*Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho*”, debiendo en particular adoptar “*cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención*” (art. 28, aparts. 1 y 2).

- La ley nacional 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (promulgada en el año 2005) fija como objeto la protección integral de los niñas, niños y adolescentes que se encuentren en territorio nacional, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de sus derechos, agregando que estos estarán asegurados por su máxima exigibilidad y sustentando en el interés superior del niño (conf. art. 1º, ley 26.061).

- La ley 26.206 de Educación Nacional, que regula el ejercicio del derecho de enseñar y aprender consagrado por el art. 14 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella. Entre los derechos que la ley consagra a los alumnos se incluye el ser protegidos/as contra toda agresión física, psicológica o moral (art. 126 inc. “d”), mientras que entre las obligaciones de estos se cuentan las de respetar la libertad de conciencia, la dignidad, integridad e intimidad de todos/as los/as miembros de la comunidad educativa y participar y colaborar en la mejora de la convivencia escolar, respetando el derecho de sus compañeros/as a la educación y las orientaciones de la autoridad, los/as docentes y los/as profesores/as (conf. art. 127 inc. “c” y “d”).

- La ley 26.892 para la Promoción de la Convivencia y el Abordaje de la Conflictividad Social en las Instituciones Educativas (sancionada el año 2013), abordó la cuestión del *bullying* de modo específico, imponiendo principios orientadores para garantizar el derecho a una convivencia pacífica, integrada y libre de violencia física y psicológica.

- La ley 14.750 —en concordancia con la ley nacional 26.892— en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires propone la realización, en el ámbito educativo, de acuerdos de convivencia, guías y protocolos de intervención que aborden la conflictividad social en esas instituciones (conf. arts. 1º, 3º, 4º y 5º).

Nosotros agregamos que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y numerosas provincias dictaron leyes específicas en este tema. Algunas utilizan el término técnico inglés *bullying* y otras recurren a su traducción como *acoso escolar*. Las cuestiones semánticas son lo de menos, lo que importa en realidad es que el legislador ya ha comenzado a tomar nota de esta problemática social que se exterioriza en el ámbito educativo:

- En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la ley 5738 de Prevención y erradicación del acoso u hostigamiento escolar (BO 04/01/2017), la ley N°5775 de Prevención del Ciberacoso Sexual a Personas Menores de Edad (*Grooming*) (BO 19/01/2017).

- En Santa Cruz la ley 3522 de Creación del Programa Socio-Educativo de Prevención del *Bullying* - Acoso entre pares (BO 29/12/016).

- La Provincia del Chaco mediante la ley 7246 (BO 15/07/13).

- También la Provincia de Córdoba, mediante la ley 10.151, ha incorporado a los diseños curriculares la “*enseñanza de la problemática relacionada con el acoso y la violencia entre los escolares, práctica conocida como bullying*” (art. 1º).

- De igual modo la Provincia de Corrientes con la ley 6212.

- Algunas, como la Provincia del Chubut, han seguido la técnica de la adhesión, mediante la ley VIII-113/2014 (art. 1º); otras, como la Provincia de La Rioja, además de la adhesión, han incorporado reservas y designado la autoridad de aplicación; la Provincia de Río Negro, también ha utilizado la adhesión mediante la ley 4977 (BO 17/07/2014) (art. 1º), pero además ha incorporado el texto completo de la ley 26.892 en su Anexo I, incluyéndose la Autoridad de aplicación (art. 2º) y disponiéndose un plazo para su reglamentación (art. 3º); la Provincia de Buenos Aires mediante la ley 14.750 (BO 15/09/2015), como una norma complementaria de la ley nacional 26.892.

Además de las leyes, deben destacarse los protocolos de actuación o guías elaboradas por los ministerios de educación, tanto el nacional como los provinciales.

Dentro de estos documentos se encuentra la *Guía Federal de Orientaciones* para la intervención educativa en situaciones complejas relacionadas con la vida escolar, la cual contiene orientaciones para situaciones que afectan la convivencia escolar.

En la Provincia de Santa Fe si bien no existe una ley específica en esta materia, en el ámbito del Ministerio de Educación se elaboró un *Manual de Orientaciones* para

la intervención educativa en situaciones complejas relacionadas con la vida escolar (25).

IV.3. Responsabilidad Civil del establecimiento educativo en los casos de bullying

No hay una norma específica en el Código unificado para el caso de la violencia escolar, por lo tanto la responsabilidad del titular del establecimiento educativo en estos casos queda comprendida en el régimen del art. 1767, Cód. Civ. y Com.

Obviamente, para responsabilizarlo, deberán hacerse presentes en el caso concreto los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil: antijuridicidad, daño, factor de atribución y relación de causalidad.

Probado el daño patrimonial y/o extrapatrimonial no justificado, sufrido por un alumno menor de edad producto —en adecuada relación de causalidad— del *bullying* ejercido contra su persona cuando se hallaba o debía hallarse bajo el control de la autoridad escolar, el establecimiento educativo debe responder, a menos que pruebe el caso fortuito.

Paralelamente, como hemos analizado más arriba, sobre el establecimiento educativo pesa la obligación de prevenir el daño (art. 1710, Cód. Civ. y Com.), por lo tanto, aun antes de presentarse situaciones de violencia en las aulas, deberá desplegar medidas tendientes a evitarlas.

La escuela tiene que diseñar estrategias para una convivencia pacífica (prevención), e implementar un *Protocolo de actuación* en situaciones de *bullying*, que prevea medidas inmediatas de protección a la víctima sin olvidar al victimario, por lo cual se aconseja la presencia de un gabinete interdisciplinario permanente, una comunicación fluida con las familias de todos los involucrados, dejando registro de todo lo actuado —en actas, cuadernos de comunicaciones, informes, etc.—, y sostenida en el tiempo para obtener resultados positivos y posibilitar una reflexión sobre las situaciones que acontecen en las aulas.

La *jurisprudencia* (26) ha responsabilizado reiteradamente a los titulares de los establecimientos educativos privados y públicos por los daños causados como consecuencia de las agresiones de un alumno a otro.

IV.4. Características de la acción u omisión antijurídica en el acoso escolar

La conducta dañosa en el *bullying* o acoso escolar se caracteriza por molestias o agresiones realizadas de manera sistemática o insistente por parte del acosador; no es suficiente una conducta aislada, sino que se necesita para su configuración una serie de acciones u omisiones reiteradas. Se han ejemplificado estas molestias como “*conductas físicas o manipulaciones verbales tanto golpes como tirar objetos, como poner sobrenombres, etc.*” (27).

Las agresiones pueden ser por acción (verbal o física) como por omisión (dejar de lado o realizar discriminaciones negativas; bloqueo social) y pueden manifestarse por cualquier medio (28).

IV.5. Tipos de daños que puede sufrir la víctima de bullying

Las conductas dañosas descriptas en el punto anterior pueden causar tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales.

Los derechos que se lesionan mediante la violencia escolar son en su mayoría derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad federal, y en un momento de suma vulnerabilidad de la vida del ser humano, que es la niñez o la adolescencia; dentro de este núcleo de derechos están nada más y nada menos que el derecho a la vida, a la salud, a la dignidad, a la intimidad, al honor, a la no discriminación, entre otros.

Algunas de sus consecuencias pueden desarrollarse en la etapa escolar e incluso pueden marcar a la persona durante toda su vida manifestándose en la adultez.

Además, señalan los especialistas que la práctica del *bullying* agrava problemas preexistentes (como podría ser la baja autoestima entre los alumnos), tanto así que abre cuadros graves de trastornos psíquicos y comportamientos que trazan prejuicios irreversibles, entre los que se encuentran la configuración de síntomas psicopatológicos, trastornos de pánico, fobia escolar, fobia social, trastornos de ansiedad generalizada, depresión, anorexia y bulimia, trastorno obsesivo-compulsivo (TOC), trastornos de estrés postraumático; y en algunos casos cuadros menos frecuentes como esquizofrenia, suicidio y homicidios.

Algunas de las consecuencias en la salud física pueden ser, aunque no de manera exclusiva, las siguientes: trastorno de sueño, alimentación, problemas digestivos, dolor de cabeza, fatiga y agotamiento, entre otros. Entre las consecuencias psicológicas: inestabilidad nerviosa, sentimientos de insatisfacción, miedo, soledad, inseguridad, abandono, desconfianza en sí mismo/a. (...) En estado avanzado del *bullying*, puede tender a la agresión hacia sí mismo/a o el victimario y, en el extremo, puede llegar a auto infligirse daño e incluso al suicidio (29).

El *ciberbullying*, por su parte, genera distintos efectos psicológicos en la víctima que pueden decantar en emociones violentas, en conductas de miedo-terror y en profundos daños espirituales y emocionales, con consecuencias que han conducido a algunas personas a quitarse la vida (30).

V. ¿Existe alguna eximente que pueda invocar la escuela para liberarse de responsabilidad en los casos de bullying?: Solo el caso fortuito

Al igual que lo hacía el Cód. Civil derogado, el Código unificado mantiene como eximente para liberar de responsabilidad a los titulares de los establecimientos educativos el caso fortuito, aunque la nueva norma (art. 1767, Cód. Civ. y Com.) agrega la palabra “solo” para reforzar la limitación.

De ahí que algunos autores (31) califiquen esta responsabilidad de “ultraobjetiva”.

(25) <https://www.santafe.gov.ar/index.php/educacion/content/download/220942/1152309/file/manual%20orientaciones%20para%20interv%20educativa.pdf>

(26) SC Mendoza, Sala II, “T., M. S. por su hijo menor c. Dirección General de Escuelas”, 22/03/2005, TR LALEY AR/JUR/555/2005; CNCiv., sala A, exp. 31244/2009, 16/04/2014, citado por MENDELEWICZ, José D., “La educación emocional. Un primer paso para detener la violencia escolar”, LA LEY

28/11/2018, 7, TR LALEY AR/DOC/2550/2018; CNCiv., sala A, “G. R. J. c/ Babar Bilingual School Dominique Seguin s/ daños y perjuicios”, 03/07/2009, TR LALEY AR/JUR/33713/2009, entre otros.

(27) CAPOMASI, Romina P., “Mirada jurídica del bullying en el ámbito regional”, LLLitoral 2014 (junio), 479, agregándose: “Otra forma de hostigamiento es ignorar a alguien no integrarla al grupo, la exclusión se convierte en acoso cuando existe la intención de mortificar al otro”.

(28) BUSTOS, María J., “La violencia escolar a la luz de la ley 26.892”, TR LALEY AR/DOC/1264/2014: “De tal manera, el acoso es ejercido no solo de manera presencial y directa, sino también a través de medios informáticos o de comunicación, específicamente redes sociales en su más amplia variedad, recibiendo el nombre de *ciberbullying*”.

(29) GROSSER GUILLÉN, Kattia - ROJAS MOLINA, Lilliana - ASTORGA, Rigoberto (dirs.), Protocolo de actuación en situaciones de *bullying*, Ministerio de Educación

Pública, Dirección de Vida Estudiantil, MEP Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, San José, Costa Rica, octubre 2015, 1ª ed., p. 5.

(30) TOMELO, Fernando, “El ciberacoso cobra una nueva víctima”, LA LEY 04/10/2011, 1, TR LALEY AR/DOC/3354/2011.

(31) Conf. SAGARNA, F., “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos. Diferencias con el régimen anterior”, *Revista de Derecho de Daños*, n. 2017-2, ps. 103 y ss.

El caso fortuito o fuerza mayor, se encuentra regulado en el art. 1730 Cód. Civ. y Com.: “*Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos.*”

Sus caracteres o requisitos —siguiendo a Pizarro y Vallespinos (32)— son: imprevisible, inevitable, actual y ajeno. En materia obligacional debe además ser sobreviniente al nacimiento de la obligación y representar un obstáculo insalvable para el cumplimiento.

a) *Imprevisible*: la imprevisibilidad debe evaluarse teniendo en cuenta no lo que efectivamente previó el agente en el caso concreto, sino lo que podría haber previsto un hombre medio estando en conocimiento de las circunstancias del caso (estándar de la causalidad adecuada) (33).

Por lo tanto, para analizar la previsibilidad no se toman en cuenta las condiciones especiales del agente, ya que se trata de un análisis causal.

El momento en que debe ser juzgada la imprevisibilidad es cuando se produce el hecho dañoso o cuando nace la obligación.

Finalmente, cabe destacar que este requisito de la imprevisibilidad puede faltar y aun así existir caso fortuito, siempre y cuando ese hecho previsible no haya podido ser evitado, lo cual analizaremos seguidamente.

b) *Inevitable*: este requisito es imprescindible. Solo se configura el *casus* si —previsto o no— no pudo ser evitado. Consiste en que el hecho constituya un obstáculo imposible de vencer para el agente, irresistible o insuperable, que no haya podido impedir aun adoptando la atención, cuidados y esfuerzos normales.

Como dicen algunos autores, “*el Derecho no le requiere al deudor ser un superhombre, Tarzán, Asterix, Tintín o el Conde de Montecristo*” (34).

Lo inevitable configura directamente el *casus*, ya que ante un evento en el que ningún curso de acción había para evitarlo, no cabe hacer reproche alguno al agente, quedando este liberado de responsabilidad. Por ello, como dijo el maestro Dellebecque, “*la irresistibilidad es el elemento determinante de la fuerza mayor*” (35).

No obstante, como advierte Zavala de González, “*el carácter de inevitable es relativo; exige atender a las circunstancias de cada caso “en función de lo que sería razonable exigir”, porque “lo que hoy es evitable mañana puede no serlo” o a la inversa (...)* En general los hechos son inevitables cuando son extraordinarios y, por tanto inesperados. Lo que sucede común o habitualmente puede ser anticipado y, por ende, permite

adoptar precauciones para cumplir la obligación o para no dañar. Por eso, no constituye fuerza mayor un alud en una cordillera, ni el hurto de objetos en hoteles” (36).

c) *Actual*: Es decir, ha de ocurrir al tiempo en que correspondía cumplirse la obligación, no bastando la sola amenaza.

d) *Ajeno*: El hecho tiene que ser extraño o ajeno al presunto responsable o al deudor en el campo del incumplimiento obligacional, para que se configure el caso fortuito.

El requisito de ajenidad del *casus* se cumple cuando el hecho exonerante se produce “*en el exterior de la esfera de acción por la cual el deudor debe responder*” (37).

A partir de la exigencia de que sea foráneo, se perfila la excepcionalidad del caso fortuito, que debe ser objeto de interpretación estricta y solo se configura en casos muy limitados.

Es decir que el agente no tiene que haber colocado ningún antecedente idóneo, ya sea por acción o por omisión, o por el riesgo de sus cosas o actividades, que haga posible o favorezca el hecho dañoso.

Ahora bien, tampoco hay que confundir el caso fortuito con la falta de culpabilidad.

Explica Pizarro (38) que se trata de dos eximentes distintas, que actúan sobre diferentes presupuestos de la responsabilidad civil. El *casus* —concebido como corresponde, bajo un prisma objetivo— incide sobre el nexo causal, destruyéndolo, lo que determina, como lógica consecuencia, la falta de autoría material del sindicado como responsable. El deudor no se libera porque haya cumplido con la diligencia debida, sino porque no es autor del incumplimiento por falta de causalidad material y jurídica. El incumplimiento no le es objetivamente imputable. Señala que faltando el presupuesto de la relación causal y de la autoría, no tiene sentido formular ninguna indagación en torno a la culpabilidad de aquel. Además apunta que en el caso fortuito no basta la inculpabilidad, sino que es menester además la exterioridad del hecho impeditivo; la causa extraña.

El caso fortuito exige imposibilidad: ni el responsable ni nadie en su lugar deben haber estado en condiciones de impedir el daño (39). Por otra parte, la prueba de la falta de culpa importa la de la propia diligencia y, como tal, recae sobre la conducta del agente; contrariamente, demostrar un *casus* implica producir una prueba sobre un hecho externo a la conducta de aquel, que por ser imprevisible o inevitable se constituye en la verdadera causa del perjuicio (40).

En materia obligacional, a su vez, el caso fortuito o fuerza mayor debe además reunir los siguientes requisitos:

a) *Ser sobreviniente al nacimiento de la obligación*: El impedimento en la ejecución de la obligación tiene que ocurrir con posterioridad a su constitución.

prueba del caso fortuito en el nuevo Código”, LA LEY, 2015-C, 933.

(36) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Alveroni, 2016, t. II, p. 311.

(37) ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, ob. cit., p. 358, N° 837, numeral c), con cita de CARBONNIER.

(38) PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, ob. cit., t. I, p. 530.

(39) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, Léon - TUNC, André, “Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, Ejea, Buenos Aires, 1962, t. 1, vol. II, p. 326.

(40) BUSTAMANTE ALSINA, “Teoría...”, ob. cit., p. 303.

(41) TRIGO REPRESAS, Félix, “La noción de las exi-

b) *Representar un obstáculo absoluto e insuperable para el cumplimiento de la obligación*: Debe sobrevenir la imposibilidad absoluta de cumplir la prestación.

El art. 955 Cód. Civ. y Com. prevé en su parte pertinente que “*la imposibilidad sobrevinida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad.*”

Los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad del *casus* no configuran recaudos atemporales, inmutables o de significación invariable, sino que deben ir mutando, para seguir de cerca las posibilidades tecnológicas disponibles para el deudor, de acuerdo con sus medios y circunstancias, no siendo tampoco admisible que se le exija al deudor un *standard* de previsibilidad ajena a sus posibilidades, o que compute facilidades tecnológicas que no estaban disponibles al momento del suceso reputado imprevisible, en el lugar donde este se produjo.

En este sentido, por ejemplo, ante el reclamo por los daños y perjuicios sufridos por una niña a causa de una situación de *grooming* iniciada desde la sala de informática del colegio, el titular del establecimiento educativo no podría invocar caso fortuito, atento a que hoy existen dispositivos y aplicaciones informáticas para controlar las acciones de los menores en la *web*.

Como ya hemos analizado “*el carácter de inevitable es relativo; exige atender a las circunstancias de cada caso “en función de lo que sería razonable exigir” (41), porque “lo que hoy es evitable mañana puede no serlo” o a la inversa (...)* En general los hechos son inevitables cuando son extraordinarios y, por tanto inesperados. Lo que sucede común o habitualmente puede ser anticipado y, por ende, permite adoptar precauciones para cumplir la obligación o para no dañar. Por eso, no constituye fuerza mayor un alud en una cordillera, ni el hurto de objetos en hoteles” (42).

Por eso, insiste Zavala de González “*no hay caso fortuito como factor excluyente de responsabilidad frente a un fenómeno que ocurre u ocurrirá inexorable, cuando hay margen para sortear sus secuelas nocivas, adoptando medidas de protección o evitando exponerse a aquel*” (43).

Al tratarse de una responsabilidad objetiva, no eximirá de responsabilidad al titular del establecimiento educativo haber obrado sin culpa. La imputación se realiza con abstracción de la idea de culpabilidad.

Para liberarse, la prueba de la no culpa no alcanza, el titular del establecimiento educativo debe probar la ruptura del nexo causal mediante el caso fortuito.

El caso del hecho de un tercero solo podrá ser considerado como eximente si reúne los requisitos del caso fortuito. En este mismo sentido la doctrina entendió que “*si el hecho del tercero es un acontecimien-*

mentos y su vigencia en el Derecho argentino. Eximentes y causas de justificación. Los presupuestos y las eximentes”, *Revista de Derecho de Daños*, N°2006-1, ps. 35 y ss.

(42) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Alveroni, 2016, t. II, p. 311.

(43) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., p. 312.

(44) SAGARNA, Fernando, “Responsabilidad civil del establecimiento educativo para alumnos con capacidades distintas. La eximente “caso fortuito”, ob. cit.; ANDRADA, Alejandro D., “La ajenidad del *casus* y la responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos”, SJA 15/12/2010. En postura coincidente:

to extraordinario, imprevisible e inevitable, configurará un caso fortuito y por ende eximirá de responsabilidad al establecimiento educativo”.

Recordemos que uno de los caracteres del caso fortuito es la ajenidad; el hecho debe ser exterior o “ajeno al deudor”. Por lo tanto, ese tercero no debe ser un dependiente del titular del establecimiento educativo.

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 (44), mientras que otros afirmaban que debía ser “extraño” a la actividad escolar (45). Galdós (46) entiende que el debate se supera con las reglas del actual Código Civil y Comercial, que sigue la segunda postura. Así, explica que el art. 1733 del nuevo Código 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 extraño a lo que normalmente sucede en el desarrollo de la actividad educativa.

De todo lo expuesto podemos concluir que, al tratarse el *caso fortuito* de un concepto jurídico indeterminado, su presencia deberá ser analizada por el juez en cada caso concreto, y en dicho análisis deberá tener en cuenta que es un supuesto de excepción (conf. art. 792, Cód. Civ. y Com.).

Así, la jurisprudencia ha resuelto que en caso de duda sobre la acreditación del caso fortuito, debe mantenerse la responsabilidad del deudor, porque la prueba del supuesto de excepción debe ser plena y concluyente (47).

En el caso en comentario, la Cámara señaló: “*La responsabilidad es objetiva y se exige solo con la prueba del caso fortuito*”; eximente legal que lejos está de configurarse con los argumentos traídos por el recurrente tales como la alegada pasividad de la familia del niño acosado, las reuniones realizadas o los rezos en el oratorio, medidas que debería haber oportunamente advertido, resultaron manifiestamente insuficientes para evitar en el tiempo los episodios de violencia. Reitero, la prevención y detección del *bullying* es una clara responsabilidad de la autoridad escolar, por lo que la alegada ausencia de manifestaciones o comunicaciones de la familia desde el año 2013 a 2015 no tiene asidero en un régimen de responsabilidad objetiva. Ello máxime, a tenor de la prueba testimonial y psicológica que acreditan la existencia de acoso y violencia escolar. Es más, de la propia expresión de agravios se observa que luego de una presentación de sus progenitores se procedió al cambio de aula, a llevar adelante reuniones con la familia del niño agresor, la supervisión áulica, siendo la familia C. “acompañados por la Institución” (p. 3). Es que no se trata solo de acompañar a la familia víctima de *bullying*, sino esencial-

(32) PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Gustavo C., “Tratado de Responsabilidad Civil”, Rubinzal Culzoni, 2017, t. I, p. 515.

(33) HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo y PIRCASSO, Sebastián (dirs.) “Código civil y comercial comentado”, Infojus, t. IV, p. 436.

(34) ALTERINI, Atilio Aníbal - LÓPEZ CABANA, Roberto M. - AMEAL, Oscar José, “Derecho de Obligaciones”, ob. cit., p. 358, N° 837, numeral b), con cita de MALAURIE-AYNES.

(35) DELEBECQUE, Philippe, “Le vol à main armée est un cas de force majeure pour un transporteur”, *Recueil Dalloz* 1998, *Sommaires commentés*, p. 199. Citado por LOPEZ MESA, Marcelo, “Requisitos, efectos y

MOEREMANS, Daniel, “Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos. Su regulación en el Nuevo Código Civil”, ob. cit.; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997”, ob. cit.

(45) VILLAGRÁN, Santiago, ob. cit.

(46) GALDÓS, Jorge M. - VALICENTI, Ezequiel, “Daños causados y sufridos por alumnos menores de edad durante la actividad educativa”, LA LEY, 2016-E, 727.

(47) CNFed Civ. y Com., sala II, 19/6/1981, ED 94-739.

mente de resolver la violencia que se genera dentro de su establecimiento educativo. Es decir, no es suficiente para deslindar su responsabilidad legal con tomar medidas sino verificar de modo constante que estas son efectivas" (...) "Asimismo, no se advierte que se haya informado —y de menos de inmediato— a los Inspectores de Enseñanza, los cuales deberán informar a su vez al Inspector Distrital y a la Dirección del Nivel y/o Modalidad en razón que los Inspectores de Nivel y Modalidad, junto con el Equipo de Conducción Institucional, deben determinar el curso de las acciones a seguir y la coordinación hacia adentro y hacia fuera de la institución educativa, en articulación con los Equipos Interdisciplinarios Distritales y organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de la comunidad de referencia, en caso de presentarse como necesario. Los inspectores de Nivel y Modalidad de Psicología Comunitaria y Pedagogía Social, junto a la Jefatura Distrital, debieron así supervisar y orientar la intervención institucional en el caso" ("Guía de orientación para la intervención en situaciones conflictivas y de vulneración de derechos en el escenario escolar"; Gobierno de la provincia de Buenos Aires - UNICEF, octubre de 2014, en <https://www.abc.gov.ar>; vigente al momento de recibir, por parte de las autoridades del colegio, el alegado primer reclamo de los progenitores de S.). Y más aún, como acontece en la especie, "para el caso que en la institución no cuente con Equipo de Orientación Escolar, se deberá informar al inspector de Nivel para que solicite la colaboración del Inspector de la Modalidad Psicología Comunitaria y Pedagogía Social" (Guía citada), lo que evidentemente no ha sucedido (arts. 53, Ley 24.240; 384 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). La omisión también es un factor trascendente de atribución de responsabilidad legal en el supuesto de hostigamiento escolar. Por todo ello, la institución educativa demandada es responsable directa por los padecimientos que ha sufrido S. en el ámbito escolar (art. 1767 del Cód. Civ. y Com.).

De todo lo expuesto, podemos concluir que la única vía de escape para el establecimiento educativo en los casos de *bullying* sería probar que la agresión del alumno dañador encuadra en la eximente del caso fortuito.

En la mayoría de los supuestos será difícil encuadrar la conducta del alumno acosador en la eximente, pero en casos excepcionales, donde la violencia sea de una magnitud tal que exceda a una contingencia propia del riesgo de la actividad escolar, y la institución educativa haya detectado el comportamiento agresivo tomando todas las medidas a su alcance (ej. reuniones con el menor y sus padres, intervención del gabinete interdisciplinario de la institución, impulso de modos de organización institucional que garanticen la participación de los alumnos en diferentes ámbitos, instrumentando la colaboración de todo el personal docente y no docente en el diseño de estrategias para la resolución del conflicto y el cambio de conducta del menor, elevación de los antecedentes al Ministerio de Educación conforme protocolos vigentes por ser la autoridad de aplicación del poder de policía en educación del Estado, etc.) y, aun, así el alumno persista en la conducta agresiva dañando a un compañero, resulta cuando menos injusto que el establecimiento deba responder igual.

Especialmente teniendo en cuenta que el establecimiento escolar no puede expul-

sar a un alumno por desplegar conductas agresivas, conforme lo establece el art. 7 de la ley 26.892: "Quedan expresamente prohibidas las sanciones que atenten contra el derecho a la educación o que impidan la continuidad de los educandos en el sistema educativo".

Ante razones debidamente fundadas por situaciones de violencia y mala conducta, el establecimiento educativo de gestión privada podría negarse a renovar la matrícula al alumno agresor, situación sobre la que ya tuvo oportunidad de expresarse favorablemente la jurisprudencia (48).

Por ende, una interpretación estricta de la responsabilidad objetiva agravada coloca a la escuela en la posición de asegurador universal de la mala conducta de menores agresivos, atándola de pies y manos a la hora de intentar eximirse de responsabilidad, e independientemente de la omisión absoluta por parte de los padres, a veces rayana en el dolo eventual por "la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos" (art. 1724, Cód. Civ. y Com.).

Si además el establecimiento es público, la reparación del daño será un gasto que pesará sobre las arcas estatales en desmedro de toda la comunidad.

Analizando la normativa vigente desde una mirada tridimensional del derecho, inclusiva de las problemáticas propias de la dimensión sociológica que regula, y en la búsqueda de soluciones justas, consideramos que la eximente podría configurarse excepcionalmente en los extremos expuestos.

El caso fortuito es "el hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado" (art. 1730, Cód. Civ. y Com.), y además debe ser ajeno (o extraño al titular del establecimiento educativo)

Por lo tanto, en los casos de violencia escolar reiterada, de una magnitud tal que exceda a una contingencia propia del riesgo de la actividad escolar, donde la institución educativa tomó todas las medidas a su alcance para prevenir y evitar la violencia escolar y no obstante el alumno agresor causó un daño intencional, en el que la escuela no tuvo incidencia ni colocó ningún antecedente causalmente idóneo (ajenidad), podríamos concluir que el hecho era previsible pero aun así inevitable para el titular del establecimiento, por lo que encuadraría en la categoría de caso fortuito liberándolo de responsabilidad.

El quid de la cuestión radica entonces en si el daño producido por el *bullying* podía ser evitado por la institución educativa, y si además esa violencia persistente tiene tal entidad que excede a una contingencia propia del riesgo de la actividad escolar.

Zavala de González (49) realizó una crítica a esta responsabilidad objetiva agravada, manifestando que es poco razonable y lógico que el establecimiento educativo deba responder por el hecho intencional e inevitable de un alumno que decide deliberadamente golpear a uno de sus compañeros lanzándole un ladrillo, un compás, o empujándolo por las escaleras en un acto imprudente, ya que esto sucederá aun cuando las autoridades demuestren que han puesto el máximo deber de vigilancia y seguridad para evitar cualquier tipo de

daño. El hecho de un alumno a otro, dentro de un marco jurídico razonable, debe ser considerado como un eximente de responsabilidad.

VI. ¿La omisión de los padres de la víctima puede configurar una eximente para el establecimiento escolar?

En el caso bajo análisis, el Colegio demandado se agravó argumentando que el *a quo* no realizó ningún análisis sobre el papel de la familia del menor agredido, "manteniendo a su hijo durante 6 años con sufrimientos psicológicos, sin realizar manifestaciones durante los 3 primeros años ni consultas con profesionales hasta pocos meses previos de inicio de la acción".

Respecto de este punto, el tribunal entendió que si bien "el *bullying* es parte de una problemática social que incluye necesariamente no solo a quien lo padece, sino también al resto de los alumnos, docentes y familia" (...) "que los padres de S. hayan tenido una reacción parsimoniosa e insuficiente ante la detección del *bullying* en contra de su hijo y que los padres de G. no se hayan comprometido en abordar los problemas por los que su hijo tomó el papel de agresor, no ha de traducirse en un eximente de la responsabilidad del colegio en donde los daños se produjeron, sino que da cuenta de la cadena de responsabilidades que en este caso se produjo (art. 1767 Cód. Civ. y Com.)."

En el voto del Dr. Hankovits se profundiza sobre este punto señalando con dureza a la institución escolar: "se aprecia un reduccionismo del recurrente al sostener que los progenitores podrían haber cambiado a su hijo del Colegio, dado que esto no erradica el acoso y los actos violentos, ya que dichas medidas no contienen al agresor y los sujetos coadyuvantes en la dinámica de producción del mismo. Razonar de ese modo es considerar que el provocador de los actos de violencia y hostigamiento es la propia víctima y que si ella "desaparece" el niño agresor no ejercerá más acciones de esas características. Ello evidencia la falta de comprensión cabal de fenómeno y su dinámica. Es responsabilidad del centro educativo: - Tomar medidas inmediatas de protección y educativas de prevención. - Informar sobre los recursos disponibles. - Mantener la comunicación frecuente con las familias y así evidenciar que el centro educativo toma acciones para detener la violencia" ("Protocolo de actuación en situaciones de *bullying*", Ministerio de Educación Pública, Dirección de Vida Estudiantil, MEP Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, San José, Costa Rica Primera Edición, octubre 2015; en <https://www.unicef.org/Documento-Protocolo-Bullying.pdf>). Dado que los episodios de violencia se generan en el seno escolar son ellos quienes están en mejores condiciones (además de su profesionalidad en la tarea de formar) para afrontar esa problemática y por ello son los que deben asumir una actitud pro activa que involucre a las familias y no a la inversa como se deja traslucir de los agravios articulados. Muy lamentable resulta que establecimiento escolar que imparte educación religiosa intente trasladar su responsabilidad inculcando a la familia del niño víctima de *bullying* y violencia ante una eventual pasividad, olvidando que esta, a su vez, es afectada indirecta por los hechos de violencia a los que es sometido su hijo en el ámbito escolar que el apelante gestiona y lucra en ello. Esto demuestra también ausencia de conocimiento de su rol frente a las situaciones de hostigamiento escolar".

VII. ¿Y el menor dañador responde?

En el caso bajo análisis el menor dañador no fue demandado, pero podría haberlo sido, en autos quedó acreditado que desde el año 2013 tenía problemas de conducta y ejercía violencia con sus compañeros. Asimismo, los actos violentos e intimidatorios respecto de la víctima fueron sostenidos en el tiempo y objeto de reuniones en la escuela, de ello dan cuenta las actas, cuadernos de comunicaciones glosados al expediente, así como las cuantiosas declaraciones testimoniales de la psicóloga —relevada del secreto profesional—, padres, docentes y directivos del establecimiento educativo.

Más allá de las sanciones disciplinarias escolares, que en virtud de la ley 26.892 no pueden atentar contra el derecho a la educación o impedir la continuidad de los educandos en el sistema educativo, y de las eventuales consecuencias penales que estos hechos puedan acarrear para los chicos en función de la edad y conducta, en materia civil los menores responden por los daños que ocasionen a terceros aun antes de los 10 años.

Si tiene menos de diez años, al no tener discernimiento para los actos ilícitos estaremos en presencia de un acto involuntario y por ende responderá por razones de equidad (art. 1750, Cód. Civ. y Com.), pudiendo el juez atenuar la condena en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho (art. 1742, Cód. Civ. y Com.).

Si tiene diez años o más, nos encontraremos ante un autor que tiene discernimiento para los actos ilícitos (art. 261, Cód. Civ. y Com.), y por ende, el deber de resarcir del menor se regirá por las disposiciones referidas a la responsabilidad por el hecho propio (arts. 1749 y concs. del Código).

Por lo tanto, la responsabilidad del titular de la escuela y del alumno agresor son concurrentes (conf. art. 850, Cód. Civ. y Com.), respondiendo aquel en su calidad de organizador de la educación (art. 1767, Cód. Civ. y Com.) y este por el hecho propio por responsabilidad directa (art. 1749, Cód. Civ. y Com.).

VIII. ¿Y los padres del menor dañador responden?

Cabe preguntarse si los padres responden en los casos de daños ocasionados por sus hijos menores en el ámbito escolar.

El art. 1115 del Código Civil 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 que según una parte de la doctrina requería una guarda permanente. Así, Parellada (50) entendía que 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 solo su custodia material. La misma opinión sostenía Mosset Iturraspe (51), bajo el régimen anterior.

La jurisprudencia mayoritaria consideró que mientras el menor se encontrara en el colegio la guarda se trasladaba al establecimiento, transfiriendo los poderes de vigilancia y control sobre su conducta, por lo que se rechazó la demanda contra los

(48) CNCiv., Sala G, "M., R. F. y otro c. Asociación Civil Colegio Villa Devoto y otro", 18/05/2005, TR LALEY AR/JUR/4181/2005.

(49) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Valoraciones sobre Responsabilidad. A propósito del Proyecto del Código Civil", Mediterránea, 2000.

(50) PARRELLADA, Carlos, "La violencia en el ámbito educativo. La responsabilidad de los padres y la de los dueños de establecimientos educativos", JA 2012-III-705.

(51) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", t. IX: *Responsabilidad de la empresa*, cit., p. 317

progenitores por los daños causados por el alumno (52).

En el nuevo Código, como destacan Galdós y Valicenti, “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” (53).

Recordemos que en materia de responsabilidad de los padres, el art. 1755 Cód. Civ. y Com. vigente establece como exigente específica que los padres no responden por los daños ocasionados por su hijo menor de edad cuando es puesto bajo la vigilancia de otra persona, “transitoria o permanentemente”.

La doctrina mayoritaria entiende que lo que se ha querido es aludir al menor escolarizado que causa daño mientras se encuentra bajo la autoridad educativa; esto representa reafirmar la tendencia doctrinaria y jurisprudencial que impera hasta el momento y adoptar el criterio de que en esos supuestos la responsabilidad es solo del titular del establecimiento (54).

Hay autores y cierta jurisprudencia que, yendo más lejos, entienden que aun cuando el menor esté —o debiera estar— bajo el control de la autoridad escolar, hay supuestos específicos que podrían comprometer también la responsabilidad de los padres.

Así Galdós y Valicenti, en opinión que compartimos, entienden que “El debate es más complejo cuándo los menores presentan especiales problemas de conducta, es decir, cuándo 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 (por 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” (55).

En similar sentido, Plovánich afirma que no se presentan mayores dificultades si se considera el régimen de internado a los efectos educativos, pero si el hecho acaece en el régimen escolar común, el que tiene lugar durante determinadas horas del día, “no me parece aceptable sentar una regla general que exima de responsabilidad a los progenitores sino que creo necesario atender a las circunstancias del caso concreto, en particular al origen del hecho dañoso. Conforme lo manifestara en trabajos anteriores, no comparto aquella tesis, aun razonando sobre la base de un factor de atribución subjetivo. Sería valedero eximirlos en caso de que el daño provenga de un episodio singular y aislado, pero no cuando la conducta del dañador es habitualmente agresiva, rebelde, pues en estos supuestos habrá que analizar si en el origen causal del acontecimiento dañoso no ha prevalecido el temperamento del autor por sobre las reales posibilidades de vigilarlo. Si deriva de la simple falta de custodia y control que requiere un niño de corta edad, estará justificada la responsabilidad del establecimiento o del maestro. Lo mismo si el hecho deriva de omisión de los deberes de organización. Pero tratándose de situaciones en las que influye notoriamente la personalidad del niño o adolescente, entiendo que los progenitores no pueden quedar exentos de responsabilidad; en especial cuando se trata de menores cercanos a la mayoría de edad. Si el fundamento deriva de la responsabilidad parental esta es irrenunciable, el vínculo subsiste aun cuando se transfiera la vigilancia de modo transitorio, por ello la responsabilidad debiera ser al menos concurrente. Distinto sería si pese a conocer esas circunstancias y haber sido hecho saber por los padres la necesidad de extremar recaudos, la escuela no tomó los adecuados. Acepto que la obligatoriedad del establecimiento educativo de contar con seguro obligatorio, hace que en la práctica resulte más simple para la víctima exigir a la institución el pago de la indemnización” (56).

rante la actividad educativa”, ob. cit.

(54) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Código Civil y Comercial Comentado”, ob. cit., p. 113.

(55) GALDÓS, Jorge M. - VALICENTI, Ezequiel, “Daños causados y sufridos por alumnos menores de edad du-

Además, atento al carácter objetivo de la responsabilidad civil que pesa sobre los padres, la exigencia del art. 1755 Cód. Civ. y Com. resulta anacrónica. Si hoy la responsabilidad civil de los padres se fundamenta en detentar la responsabilidad parental (antes, patria potestad), y no en la culpa in vigilando, no es coherente liberarlos de responsabilidad porque el menor causó el daño estando bajo la vigilancia de otra persona (ej. establecimiento educativo), transitoria o permanentemente.

Incoherencia que se hace más notoria cuando pese a sucesivos llamados de atención de la escuela (reuniones, notas en cuaderno de comunicaciones, intervención del gabinete psicopedagógico, etc.) los padres no toman medidas concretas de acción para prevenir el daño que el menor termina causando.

Aplicar la exigencia del art. 1755, Cód. Civ. y Com., sin un análisis del caso concreto puede llevar a grandes injusticias, con repercusiones sociales negativas; será misión de los jueces realizar esta delicada tarea, ahora en el marco de un sistema objetivo de responsabilidad.

IX. ¿la responsabilidad de los docentes puede verse comprometida en los casos de bullying?

Los docentes cumplen un rol fundamental en la prevención y detección del bullying.

Un desempeño culpable del docente por acción u omisión, es decir “la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión” (art. 1724, Cód. Civ. y Com.); o incluso un accionar doloso del docente produciendo un daño a un alumno “de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” (art. 1724 Cód. Civ. y Com.) puede generar la obligación de responder frente a la víctima del bullying.

Recordemos que además sobre el docente pesa la obligación de prevención del daño prevista en el art. 1710, Cód. Civ. y Com., y atento a su capacitación y preparación pedagógica su conducta será evaluada con mayor exigencia, a la luz de lo previsto por el art. 1725, Cód. Civ. y Com.

En estos casos la responsabilidad del docente será subjetiva, a diferencia de la

rante la actividad educativa”, ob. cit.

(56) PLOVANICH, María Cristina, “Responsabilidad de los padres en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV, 167.

(57) RODRÍGUEZ, Jorgelina L., “Responsabilidad de

responsabilidad del establecimiento educativo, que es objetiva. Una no excluye a la otra; se acumulan responsables frente a la víctima, independientemente de las acciones de reintegro que existan entre ellos.

En relación con la prueba de la culpa del docente, a los requisitos para que se configure su responsabilidad y a la posibilidad del ejercicio de acción recursoria por parte del titular del establecimiento educativo, remitimos a lo analizado en otro trabajo de nuestra autoría (57).

X. Conclusión

El bullying es un tema que genera alta sensibilidad social, por el ámbito donde se produce, los sujetos que involucra, los daños que produce y, especialmente, por ser el reflejo de nuestra sociedad contemporánea, conflictiva, discriminatoria, en crisis de valores, que inevitablemente traslada la violencia a las aulas.

Hemos analizado la importancia de la función preventiva de la responsabilidad civil en el abordaje de estas situaciones de acoso escolar, y asimismo que si un alumno menor de edad ha sufrido un daño por tal motivo, la única exigencia de responsabilidad que puede esgrimir el establecimiento educativo es el caso fortuito.

Si bien en el fallo comentado el único demandado fue el establecimiento escolar, también planteamos que, en otros escenarios, su responsabilidad se puede configurar sin perjuicio de la que pueda pesar, de modo concurrente (art. 850, Cód. Civ. y Com.), sobre otros legitimados pasivos.

Para los casos más extremos de falta de colaboración de los padres, que no adoptan ninguna medida de prevención ante el llamado de atención de la escuela, el principio rector debe ser el carácter objetivo de su responsabilidad, que entendemos no debería ceder por la circunstancia de haberse producido el daño bajo la vigilancia de la autoridad escolar.

Nuestro anhelo es que la jurisprudencia transite por este camino, especialmente para sentar conciencia en todos los actores involucrados en esta problemática de los deberes que pesan sobre cada uno, y así crear una sociedad libre de violencia.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2571/2022

los padres y de los establecimientos educativos”, Nova Tesis, 2021.

Jurisprudencia

Beneficio de litigar sin gastos

Persona jurídica. Ausencia de prueba de falta de recursos para afrontar el juicio. Carga de la prueba.

1. - Es una carga de quien solicita el beneficio de litigar sin gastos —en el caso, una persona jurídica— probar la carencia de recursos adecuados para afrontar el proceso y, en su caso, la imposibilidad de obtenerlos, debiendo producir la prueba pertinente al efecto, de modo

que no se vea frustrada la garantía de defensa en juicio. Que la Cooperativa haya sido impedida de funcionar y que no sea titular de bienes inmuebles no evidencia una circunstancia que, por sí misma, denote la insuficiencia de recursos económicos.

2. - Los dos testimonios acompañados para probar la ausencia de recursos de una persona jurídica para afrontar los gastos del juicio fueron realizadas por antiguos empleados, quienes no brindan información sobre conocimientos adquiridos directamente por sus sentidos, sino por

el comentario de terceras personas —directivos y empleados de la Cooperativa—. No se desprende de los balances acompañados un pasivo que genere la circunstancia de ausencia de recursos para afrontar el proceso y la imposibilidad de obtenerlos.

CNCiv., sala B, 11/08/2022. – Cooperativa de Vivienda, Crédito y Consumo Credionce Limitada s/ Beneficio de litigar sin gastos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/104280/2022]

2ª Instancia. - Buenos Aires, agosto 11 de 2022.

Considerando: I. Contra la resolución de fs. digital 142, por medio de la cual la magistrada de grado rechazó el beneficio de litigar sin gastos solicitado por Cooperativa de Vivienda, Crédito y Consumo Credionce Limitada, alza sus quejas la apelante. Fundó sus agravios a fs. Digitales 149/150, memorial que fue contestado por la contraparte a fs. digitales 152/157.

Se agravia la recurrente del rechazo del presente incidente por considerar que ha

probado, mediante la prueba testimonial e informativa, que no posee fondos para afrontar los gastos del proceso, aduciendo que desde diciembre del año 2018 fue inhabilitada para funcionar.

II. En principio, ha de señalarse que, en los casos en que la solicitante del beneficio es una persona jurídica, su concesión debe apreciarse con mayor prudencia que en el caso de que se trate de una persona humana.

En otras palabras, el derecho de acceso a la justicia tiene respecto de las personas jurídicas una distinta connotación comparativamente con las personas humanas, extremo que incluso es plenamente aceptado como una diferencia apreciable para valorar la concesión del beneficio de litigar sin gastos autorizado por el Código Procesal, cuya procedencia —como lo ha declarado la jurisprudencia— respecto de las personas de existencia ideal está sujeto un criterio de suma prudencia (conf. CSJN, Fallos: 328:2543; 330:1110; 342; 1473).

III. En la especie, la actora promovió el presente beneficio a raíz de la acción principal —Expte. N° 76.435/2019— seguida entre las mismas partes, en la cual se pretende ejecutar un contrato de mutuo hipotecario seguido entre las partes. Allí se hizo lugar a las excepciones de pago parcial documentado, quita, espera y transacción, mediante la resolución de fecha 01/07/2022, la cual no se encuentra firme por haber sido apelada.

IV. Es una carga de la parte actora probar la carencia de recursos adecuados para afrontar el proceso y, en su caso, la imposibilidad de obtenerlos, debiendo producir la prueba pertinente al efecto, de modo que no se vea frustrada la garantía de defensa en juicio. El hecho de que la Cooperativa haya sido impedida de funcionar y que no sea titular de bienes inmuebles, no evidencia una circunstancia que, por sí misma, denote la insuficiencia de recursos económicos.

Se advierte que los dos testimonios acompañados en los términos del art. 79, inc. 2 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (v. fs. digitales 4/7) fueron realizadas por antiguos empleados de la Cooperativa, quienes no brindan información sobre conocimientos adquiridos directamente por sus sentidos, sino por el comentario de terceras personas —directivos y empleados de la Cooperativa—. Por su parte, no se desprende de los balances acompañados a fs. digitales 51/58 un pasivo que genere la circunstancia de ausencia de recursos para afrontar el proceso y la imposibilidad de obtenerlos.

Es de destacar que, si bien la Cooperativa fue impedida de funcionar en el mes de diciembre de 2018, lo cierto es que las presentes actuaciones resultan un incidente de una ejecución en la que se pretende la suma de USD \$220.000, en concordancia con los fines de la Cooperativa. De este modo, en base a las constancias de autos referidas precedentemente y el interés comprometido, no se advierte que se haya cumplido con la carga procesal de acreditar las circunstancias precedentemente referidas.

Al respecto, sabido es que para hacer lugar al pedido de la franquicia se torna imprescindible formar en el juzgador la convicción —y no la mera sensación— de que el interesado carece de medios económicos suficientes para afrontar los gastos de la contienda; Se trata de “objetivar” la prueba, acreditándose en el expediente la situación económica del incidentista (Díaz Solimine, “Beneficio de litigar sin gastos”, Ed. Astrea, 2005, p. 78 y 96/97).

En base a lo expuesto y en concordancia con la opinión vertida por el Sr. Representante del Fisco en fecha 01/11/2021, se confirmará la resolución apelada de fecha 25/11/2021 (fs. digital 142).

Las costas serán impuestas a la apelante en su condición de vencida (art. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

V. Por ello, se resuelve: Confirmar la resolución apelada de fecha 25/11/2021 (fs. digital 142). Con costas (arts. 68 y 69 del Cód. Procesal). Regístrese y publíquese (Conf. Acordada 24/2013 CSJN). Fecho, devuélvase, encomendando la notificación de la presente en la instancia de grado. — *Claudio Ramos Feijoo*. — *Roberto Parrilli*. — *Lorena F. Maggio*.

Infracción tributaria

Transporte de trigo sin carta de porte. Infracción formal. Clausura del establecimiento. Decomiso de la mercadería.

1. - La condena recaída sobre el contribuyente es consecuencia de la falta de la documentación debida al momento de la inspección, resultando una infracción formal que vulneró el bien jurídico protegido, obstaculizando la facultad de verificación del organismo fiscal. El régimen establecido por la ley 11.683 prevé, en su art. 40, sanciones aplicables a los incumplimientos de los deberes formales impuestos por la AFIP, cuyo objetivo es facilitar el contralor del organismo recaudador y garantizar de ese modo la equidad entre los distintos contribuyentes.
2. - La vulneración del bien jurídico protegido se ve configurada al no contar el contribuyente con la documentación requerida para establecer el origen y legítima tenencia de la mercancía, por lo cual la clausura dispuesta en primera instancia, considerando que el contribuyente no registra antecedentes por infracciones al art. 40 de la ley 11.683, resulta ajustada para el caso de autos.
3. - La ley 11.683 en su art. 41 y el agregado que obra a continuación han facultado a la AFIP a aplicar la sanción de “decomiso de la mercadería” sujeta a secuestro o interdicción, ante la comprobación de las infracciones establecidas en el inc. c) del art. 40 de la mencionada ley. Surge de ello que el decomiso constituye una figura autónoma, que se rige por la normativa y procedimientos contenidos en aquella norma.
4. - El decomiso de los treinta mil kilogramos de trigo debe mantenerse, pues de las constancias obrantes en autos surgen serias inconsistencias en la documentación presentada tardíamente en cuanto al origen de los granos, cuando la documentación aportada no permite acreditar la legítima tenencia del cereal, existiendo una clara contradicción entre las constancias sobre el origen de la mercadería. Sumado a ello debe considerarse que el contribuyente lleva treinta años de trayectoria en el mercado y es propio de su actividad el transporte de mercaderías —ya sean insumos o bienes finales—, motivo por el cual no puede ignorar los recaudos que debe asumir al respecto.^[1]

CFed. Bahía Blanca, sala I, 09/08/2022. - Recurrente Molino Olavarría S.A. s/ Inf. Art. 40 Ley 11.683.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/104345/2022]

Jurisprudencia vinculada

[1] Ver también. Entre otros: Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, “Contardi, Carlos Alberto s/ Inf. Art. 40 Ley 11683”, 11/05/2022, TR LALEY AR/JUR/59766/2022

2ª Instancia. - Bahía Blanca, agosto 9 de 2022.

El doctor *Candisano Mera* dijo:

1º) Que el Juez de grado hizo lugar parcialmente al recurso de apelación incoado por la contribuyente y, en consecuencia, confirmó lo resuelto por AFIP-DGI en la Resolución N° 15/2021 respecto al decomiso de treinta mil (30.000) kilogramos de trigo y redujo la clausura de Molino Olavarría SA al mínimo legal de dos (2) días, haciéndolo efectivo en el establecimiento ubicado en P.I.O. 20 de la ciudad de Olavarría, Provincia de Buenos Aires.

2º) Contra lo así resuelto por el *a quo*, Molino Olavarría SA interpuso recurso de apelación a fs. 111/113 vta., presentando a fs. 124/127 el informe sustitutivo de la audiencia del art. 454 del CPPN (cf. Ac. 72/08, CFABB), haciendo lo propio la AFIP-DGI a fs. 117/123 vta.

3º) El apelante motiva su recurso considerando que el reconocimiento de la titularidad de la mercadería y la emisión de la documental pertinente, en las condiciones acreditadas y confirmadas tal como sucedieron los hechos, liberan de toda responsabilidad a la empresa.

Asimismo expresa que, aun con las irregularidades del caso, consta en autos la emisión de la carta de porte respaldatoria de la mercadería involucrada, por lo que dicha medida extrema sobre bienes privados resulta aplicable en la medida en que no se demuestre su titularidad.

Sostiene la afectación a la imagen pública y comercial con la sanción de clausura y que habida cuenta de la ausencia de antecedentes en 30 años ameritan la revisión de la sanción, revocando así el decomiso de la mercadería, o en su defecto se mantengan solo los dos días de clausura.

También cuestiona el procedimiento de la clausura, planteando la necesidad de ingreso del personal por cuestiones de seguridad.

4º) En el caso de autos, no se encuentra controvertida la materialidad del hecho imputado a Molino Olavarría SA, atento que se encuentra comprobado el lugar y fecha donde se advirtió, según actas labradas el 12/02/2021 (v. fs. 1/2 y 5/vta. de la Actuación AFIP N° 16706-35-2021) por funcionarios policiales dependientes del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires y por funcionarios de la AFIP, mediante la cual se constataron diferentes hechos que llevaron a tener por configurado el transporte comercial de mercaderías sin el respaldo documental exigido por el Fisco Nacional (art. 40 inciso “c” de la ley 11.683).

5º) El chofer de la empresa contratada por Molino Olavarría SA transportaba 30.000 kg. de trigo sin la correspondiente carta de porte.

Al momento de producirse la detención del vehículo, no se disponía de la documentación respaldatoria correspondiente, situación que quedó plasmada en el acta efectuada por Personal Policial (v. fs. 5/vta. de la Actuación AFIP N° 16706-35-2021).

Ante los funcionarios policiales el chofer dejó constancia en forma circunstanciada, de haber cargado en la localidad de Villalonga, lo cual reiteró ante los funcionarios del Organismo y ya con la carta de porte confeccionada al efecto.

Que, a su vez, la carta de porte presentada ante los funcionarios del Organismo indica como procedencia de la mercadería la ciudad de Bahía Blanca (v. f. 4 actuaciones AFIP), mientras que el CTG del documento (v. f. 18 actuaciones AFIP) y lo expuesto por el propio contribuyente consigna como lugar de carga, la ciudad rionegrina de Choele-Choel.

Asimismo se advierte que según acta de constatación del Ministerio de Seguridad (v. f. 5/vta. actuaciones AFIP) la detención del vehículo se realizó a las 5.30 hs. de fecha 12/02/2021; la carta de porte tiene fecha de carga el 12/02/2021 con un kilometraje de recorrido de 300 km (lo cual se correspondería con el origen Bahía Blanca y destino Olavarría); y la CTG tiene fecha de emisión 12/02/2021 a las 10:24 hs. con vencimiento a las 10:24 hs. del día 15/02/2021, es decir que puede presumirse que fue confeccionada en forma posterior a la detención del vehículo, como así también indica que la localidad origen del traslado resultaría ser Choele-Choel y el destino Olavarría, recorriendo un kilometraje de 650 km.

Y los dichos del chofer quien habría participado de la carga de la mercadería, dice haberlo hecho en Villalonga (en el campo del ciudadano Igner, Alberto) que reúne una distancia a Olavarría de 467,2 km.

Que ante dicha discordancia en el lugar de carga se procedió a interdicar la mercadería trasladada por el rodado.

6º) El objeto del presente recurso radica en la razonabilidad de las sanciones consistentes en el decomiso de 30.000 kg de trigo y clausura de dos (2) días en el establecimiento ubicado en P.I.O. 20 de la ciudad de Olavarría, Provincia de Buenos Aires.

Las sanciones formales tienen en miras reprimir el incumplimiento por parte de los contribuyentes y demás responsables de los aspectos formales de la relación tributaria, y se imponen por violaciones a los deberes formales impuestos por la normativa fiscal. En definitiva, son todas aquellas derivadas del incumplimiento de las obligaciones del contribuyente, responsable o agente de información, que tiene en miras facilitar la determinación, verificación y fiscalización de impuestos (Cfr. Gurfinkel de Wendy, Lilian y Russo, Eduardo Á., “Ilícitos tributarios”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 161).

Claramente, la condena recaída sobre el contribuyente, es consecuencia de la falta de la documentación debida, al momento de la inspección, resultando una infracción formal que vulneró el bien jurídico protegido, obstaculizando la facultad de verificación del organismo fiscal. Al respecto, toca indicar que el régimen establecido por la ley 11.683 prevé, en su artículo 40, sanciones aplicables a los incumplimientos de los deberes formales impuestos por la AFIP, cuyo objetivo es facilitar el contralor del organismo recaudador y garantizar de ese modo la equidad entre los distintos contribuyentes.

La vulneración del bien jurídico protegido, se ve configurada al no contar el contribuyente con la documentación requerida para establecer el origen y legítima tenencia de la mercancía, por lo cual la clausura dispuesta en primera instancia considerando que el contribuyente no registra antecedentes (v. f. 28 vta. de las actuaciones AFIP ya mencionadas) por infracciones al

artículo 40 de la ley 11.683 (t.o. 1998 y sus modificatorias), resulta ajustada para el caso de autos.

7º) La ley 11.683 en su art. 41 y el agregado que obra a continuación, ha facultado a la AFIP a aplicar la sanción de "decomiso de la mercadería" sujeta a secuestro o interdicción, ante la comprobación de las infracciones establecidas en el inc. c) del art. 40 de la mencionada ley.

Surge de ello que el decomiso constituye una figura autónoma, que se rige por la normativa y procedimientos contenidos en la ley 11.683.

Asimismo, la Administración Federal de Ingresos Públicos -Oficina Nacional de Control Comercial Agropecuario- y la Secretaría de Transporte Automotor Transporte de granos, han emitido la Resolución Conjunta General 2595, 3253/2009 y Disposición

6/2009, en las que se establece el uso obligatorio de la Carta de Porte para transporte automotor y ferroviario de granos. Allí se considera que la carta de porte constituye un documento idóneo para el control de carga y una valiosa fuente de información para optimizar la transparencia de la cadena comercial en la etapa de transporte.

De las constancias obrantes en autos, surgen serias inconsistencias en la documentación presentada tardíamente en cuanto al origen de los granos, siendo que la documentación aportada no permite acreditar la legítima tenencia del cereal existiendo una clara contradicción entre las constancias del caso en punto al origen de la mercadería: "...El decomiso de bienes se legisla aquí como una sanción que recae sobre los incumplimientos a los deberes formales, específicamente, la tenencia y/o transporte de bienes o mercaderías sin el respaldo documental que exige la AFIP o cuando, tenien-

do respaldo documental, este no cumple con las reglamentaciones del organismo. En el reconocimiento de la realidad imperante entonces (y no muy diferente de hoy) de la existencia de los delitos perpetrados por "piratas del asfalto" se pretendió justificar esta norma como la herramienta que permitiría al Fisco, en sus controles, decomisar la mercadería que no contase con el debido respaldo documental. El decomiso impositivo nace entonces, según los miembros informantes del proyecto, para habilitar a la AFIP a secuestrar mercadería cuyo origen se presuma ilegítimo..." (Humberto J. Bertazza, Director, "Ley 11.683 de Procedimiento Tributario Comentada", LA LEY, Ed. 2019, p. 352).

Sumado a ello debemos considerar el hecho de que el contribuyente lleva 30 años de trayectoria en el mercado (v.f. 126 *in fine*) y es propio de su actividad el transporte de mercaderías (ya sean insumos o bienes finales), motivo por el cual no puede ignorar los recaudos que debe asumir al respecto.

Por ello considero que la medida dispuesta debe mantenerse, confirmando así lo dispuesto en cuanto al decomiso de los treinta mil (30.000) kilogramos de trigo.

8º) En relación al planteo de la necesidad de que se permita el ingreso de personal de la empresa por cuestiones de seguridad en

cuanto a su control, el art. 43 de la ley 11.683 que dispone: "...Durante el período de clausura cesará totalmente la actividad en los establecimientos, salvo la que fuese habitual para la conservación o custodia de los bienes o para la continuidad de los procesos de producción que no pudieren interrumpirse por causas relativas a su naturaleza..."; previo a efectivizarse la misma, la AFIP deberá corroborar dicha situación a fin de que se cumpla lo dispuesto en la normativa.

Por ello, propicio y voto: Confirmar la resolución de fs. 103/109, teniendo en consideración lo dispuesto en el considerando 8vo. al momento de la efectiva clausura de los establecimientos.

La doctora *Fariña* dijo:

Por compartir en lo sustancial los fundamentos y solución que propicia mi colega preopinante, adhiero a su voto.

Por lo expuesto, se resuelve: Confirmar la resolución de fs. 103/109, teniendo en consideración lo dispuesto en el considerando 8vo. al momento de la efectiva clausura de los establecimientos. Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN Nros. 15/2013 y 24/2013) y devuélvase. No suscribe el señor Juez de Cámara, doctor Roberto Daniel Amabile (art. 3º, ley 23.482). — *Pablo A. Candisano Mera*. — *Silvia M. Fariña*.

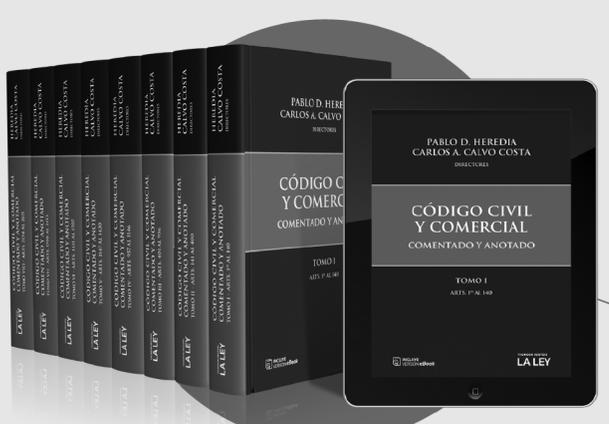
THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable que avala sus argumentos.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

COMENTADO Y ANOTADO

Directores: **Pablo D. Heredia** y **Carlos A. Calvo Costa**



8 Tomos disponibles en papel y eBook.

CON EL ANÁLISIS DE EXPERTOS JURISTAS

La obra más completa y actualizada del mercado desde el lanzamiento del Código Civil y Comercial hace 7 años.

Desarrolla más de 2600 artículos y brinda respuestas para resolver problemáticas diarias. Algunas de las novedades de esta edición son: Compensación económica • Mandato irrevocable • Persona Jurídica • Tecnología.

Obtené más información sobre esta obra imprescindible escaneando este código QR

*Consultar promociones vigentes

THOMSON REUTERS®

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
Thomson Reuters Argentina | LEGAL
Thomsonreuters_ar

Edictos

Se comunica por 1 día, en autos "INSTITUTO MEDICO DE ASISTENCIA E INVESTIGACION SA S/ INC. INTEGRACION DE APORTES ART 150 LCYQ (20788/2013/1)", en trámite por ante el Juzgado Nacional de 1ra Instancia Comercial N° 15, a cargo del Dr. Máximo Astorga, Secretaría N° 29, sito en Callao 635, piso 3, CABA, que se ha dispuesto citar a CAROLA HERNÁNDEZ, DNI 21.657.320, para que en el plazo de 5 días comparezca a constituir domicilio y contestar el traslado conferido en el presente incidente de integración de aportes, bajo apercibimiento de designar Defensor Oficial.

Buenos Aires, 4 de agosto de 2022
Ana Paula Ferrara, sec.
LA LEY: I. 01/09/22 V. 01/09/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 19, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de la Sra. PATRICIA ALEJANDRA FARIAS HÉRCULES de nacionalidad venezolana con 95.870.510 según el expediente "FARIAS HÉRCULES PATRICIA ALEJANDRA s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA" Exp. N° 6984/2022. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 7 de junio de 2022
María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 01/09/22 V. 02/09/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 11 a cargo del Dr. Alejandro Jorge Nobili, secretaria N° 21 a mi cargo, sito en Libertad 731 7º piso de Capital Federal, hace saber que MARIELENA LUJANO GONZÁLEZ de nacionalidad venezolana con DNI 95.939.211 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obs-

Buenos Aires, 11 de agosto de 2022
Fernando G. Galati, sec. fed.
LA LEY: I. 01/09/22 V. 01/09/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 11 a cargo del Dr. Alejandro J. Nobili, Secretaría N° 21 a mi cargo, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que el/la señor/ra:

tar a dicho pedido. Publíquese por dos días en un lapso de 15 días.

Buenos Aires, 30 de marzo de 2022
M. Victoria Tripiccio, sec.
LA LEY: I. 01/09/22 V. 01/09/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 11 a cargo del Dr. Alejandro J. Nobili, Secretaría N° 21 a mi cargo, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que el/la señor/ra: ELIZABETH MARÍA ORTIZ BUCARITO, DNI N° 95.736.713 nacido/a en Anzoátegui-Venezuela, ha solicitado la ciudadanía argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 22 de junio de 2022
María Victoria Tripiccio, sec.
LA LEY: I. 01/09/22 V. 01/09/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo del Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría N° 13, a mi cargo, sito en Libertad 731 piso 6º de CABA, comunica que la Sra. PAULINE ZELDA GARANCE EZDRA DNI N°: 95.131.824 nacida el día 14 de agosto de 1990 en Vitry-sur-Seine, Val-de-Marne, Francia, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar dicha concesión deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 11 de agosto de 2022
Fernando G. Galati, sec. fed.
LA LEY: I. 01/09/22 V. 01/09/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 11 a cargo del Dr. Alejandro J. Nobili, Secretaría N° 21 a mi cargo, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que el/la señor/ra:

GARCÍA SALAZAR, KAREN ALEJANDRA, DNI N° 95.807.750 nacido/a en Caracas- Venezuela, ha solicitado la ciudadanía argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 22 de junio de 2022
María Victoria Tripiccio, sec.
LA LEY: I. 01/09/22 V. 01/09/22

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731, 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de la Sra. STEPHANIE YULIANNY GUERRERO HERRERA de nacionalidad venezolana con 95.964.708 según Exp. N° 5686/2022 "GUERRERO HERRERA, STEPHANIE YULIANNY s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA". Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 17 de mayo de 2022
Matías M. Abraham, sec.
LA LEY: I. 31/08/22 V. 01/09/22

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 19, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina del Sr. GIOVANNY JOSÉ MEDINA CHACÓN de nacionalidad venezolana con DNI N° 95.965.205 según el expediente "MEDINA CHACÓN, GIOVANNY JOSÉ s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA" Exp. N° 7922/2022. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 28 de junio de 2022
María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 31/08/22 V. 01/09/22

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Flores Candia

Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e.I.
Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.

Thomsonreuterslaley
TRLaLey

linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/
thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

Centro de atención al cliente:
0810-266-4444