Boletín de la Secretaría de Biblioteca y Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia

AÑO III – N° 1, Enero / Febrero 2016

Año 2016
Secretaría de Biblioteca y Jurisprudencia

Presentación

La Secretaría de Biblioteca y Jurisprudencia del Poder Judicial pone a consideración de los usuarios el presente Boletín N° 1, Enero/Febrero 2016. Contiene todas las resoluciones: Acuerdos, Sentencias e Interlocutorias **ingresadas a la base de datos y publicadas** durante el período.

Las correspondientes al año 2015 las encontrará a texto completo, en el caso de las de años anteriores solo se publica una referencia. Para acceder al texto completo de éstas, deberán recurrir al sitio web: http://www.jusneuquen.gov.ar/index.php/jurisprudencia

A partir de éste número se incorporan algunas de las resoluciones del Tribunal de Impugnación. En este caso tendrá el link que le permite acceder a la base de datos Koha-Fuero penal, a través de la página web del Poder Judicial.

Como siempre acompañado de tres índices: por Organismo emisor, por Tema y por Carátula.

Seguimos tratando de mantenerlo en contacto con la producción del Poder Judicial de la Provincia en su conjunto, y en particular del Tribunal Superior de Justicia a través de sus Salas.

Saludos cordiales

Febrero/2016

San Martín 161 | 8300 | Neuquén | Tel. 0299 448 0572/0703/0705 | sbyjnq@jusneuquen.gov.ar

San Martín 161 | 8300 | Neuquén | Tel. 0299 448 0572/0703/0705 | sbyjnq@jusneuquen.gov.ar

Indices

Por Organismo

Novedoso:

- **"ARRIAGADA ORMEÑO RAÚL Y OTROS C/ VERITAS D.G.C. S/ COBRO DE HABERES"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 227/2009) – Acuerdo: 36/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto

  Pauta interpretativa en relación al art. 90 inc. b) de la LCT.

- **"RODRÍGUEZ IRMA DEL CARMEN C/ FERNÁNDEZ ÁNGELA MARÍA Y OTRO S/ COBRO DE PESOS POR SEGURO COMPLEMENTARIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 92/2010) – Acuerdo: 51/15 – Fecha: 21/12/2015 ver texto

  El empleado de comercio carece de legitimación para requerirle a su empleadora el pago de los aportes correspondientes al seguro de retiro complementario que ésta omitiera integrar. Sin embargo, tiene legitimación para reclamarle el pago de la indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del pago de los mencionados aportes.

- **"MOLINA OSCAR RAUL C/ SOLAZZI SERGIO ARIEL Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 476810/2013) – Sentencia: 222/15 – Fecha: 03/12/2015 ver texto

  La tasa aplicable a los intereses moratorios por el período posterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, es la activa del Banco de la Provincia del Neuquén.

Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia

- **"FARIAS RAMON MARTIN C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 2857/2009) – Acuerdo: 90/15 – Fecha: 23/11/2015 ver texto
- **"CABEZA MECKERT JULIA ALEJANDRINA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** –(Expte.: 1006/2004) – Acuerdo: 91/15 – Fecha: 23/11/2015 ver texto
- "**BARRIENTOS MARIANO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 1994/2007) – Acuerdo: 95/15 – Fecha: 30/11/2015 ver texto
- **"NAIFLEISCH MARÍA CLARA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/**

San Martín 161 | 8300 | Neuquén | Tel. 0299 448 0572/0703/0705 | sbyjnq@jusneuquen.gov.ar

ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – (Expte.: 4765/2014) – Acuerdo: 96/15 – Fecha: 30/11/2015 ver texto

- **"BUSTAMANTE NESTOR FABIAN C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte: 769/2003) – Acuerdo: 99/15 – Fecha: 30/11/2015 ver texto
- **"GATTAFONI NESTOR EDUARDO C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3063/2010) – Acuerdo: 101/15 – Fecha: 30/11/2015 ver texto
- **"CONTRERAS SERGIO RICARDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 2513/2008) – Acuerdo: 102/15 – Fecha: 14/12/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ D'ANDREA CARLOS S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3521/2011) – Acuerdo: 103/15 – Fecha: 14/12/2015 ver texto
- **"CARPAS D'ANGIOLA S.R.L. C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3441/2011) – Acuerdo: 104/15 – Fecha: 14/12/2015 ver texto
- **"PEDROSA LIDIA OLGA C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 1225/2004) – Acuerdo: 80/15 – Fecha: 23/10/2015 ver texto
- **"AGOSTINO DANIEL EDUARDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 2211/07 y sus acumulados, caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ AGOSTINO DANIEL EDUARDO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" EXPTE. 2483-08** – (Expte.: 2211/2007) – Acuerdo: 106/15 – Fecha: 18/12/2015 ver texto

Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia

- **"SUÁREZ MARIELA DEL CARMEN C/ COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. S/ COBRO DE HABERES"** – (Expte.: 68/2011) – Acuerdo: 38/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto
- **"DOMÍNGUEZ OSCAR ALBERTO Y OTRO C/ GANADERA DEL SUD S.A. S/ PRESCRIPCIÓN"** – (Expte.: 65/2013) – Acuerdo: 40/15 – Fecha: 14/10/2015 ver texto
- **"VILLAGRAN ENRIQUE OMAR Y OTRO C/ CHANDÍA JOSÉ RICARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** – (Expte.: 151/2012) – Acuerdo: 45/15 – Fecha: 23/10/2015 ver texto
- **"MONTE LUIS ALBERTO C/ MAPFRE CÍA DE SEGUROS S.A. S /COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD"** – (Expte.: 45/2012) – Acuerdo: 47/15 – Fecha: 09/11/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ LUCERO EVA S/ APREMIO"** – (Expte.: 81/2013) –

Acuerdo: 48/15 – Fecha: 11/11/2015 ver texto

- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ MERCADO RAÚL A. Y OTRO S/ EXPROPIACIÓN"** – (Expte.: 114/2011) – Acuerdo: 49/15 – Fecha: 26/11/2015
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ VÍA BARILOCHE S.R.L. S/ APREMIO"** – (Expte.: 159/2009) – Acuerdo: 50/15 – Fecha: 01/12/2015 ver texto
- **"FRANZ Y PEPPONE S.R.L. C/ EMBOTELLADORA COMAHUE S. A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** – (Expte.: 197/2009) – Acuerdo: 52/15 – Fecha: 23/12/2015 ver texto
- **"TEMPESTTI MELISA NOELIA C/ COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. S/ COBRO DE HABERES"** –(Expte.: 55/2010) – Acuerdo: 39/15 – Fecha: 14/10/2015 ver texto

Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

- **"R. A. S/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE -IMPUGNACION EXTRAORDINARIA-"** – (Expte.: 11/2015) – Acuerdo: 38/15 – Fecha: 30/12/2015 ver texto
- **"S. A. B. S/ ABUSO SEXUAL"** –(Expte.: 142/2015) – Acuerdo: 40/15 – Fecha: 30/12/2015 ver texto
- **"D. J. V. S/ ABUSO SEXUAL SIMPLE 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – (Expte.: 112/2015) – Acuerdo: 01/16 – Fecha: 12/02/2016 ver texto

Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la I Circunscripción – Sala I

- **"SANCHEZ SCHWANTZ SIXTO C/ BENEGAS LIDIA Y OTRO S/ ACCION REIVINDICATORIA"** - (Expte.: 417872/2010) – Sentencia: 249/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"P.G.A.T. S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCION"** - (Expte.: 73036/2015) – Interlocutoria: 486/16 – Fecha: 22/12/2015 ver texto
- **"PARADA MABEL IRIS C/ COOPERATIVA DE SERVICIOS PUBLICOS PLOTTIER LTDA S/ INCIDENTE DE APELACIÓN DE MEDIDA CAUTELAR"** - (Expte.: 1750/2015) – Interlocutoria: 488/15 – Fecha: 22/12/2015 ver texto
- **"NIETO LUIS RAMON S/ SUCESION AB-INTESTATO"** - (Expte.: 505793/2014) – Interlocutoria: 497/15 - Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"S. PETR. GAS. P. R. NEG. NQN Y L. PAM C/ FED. ARG. SIND. PETR. GAS. BIOCOMB. S/ POSESION VEINTEAÑAL"** - (Expte.: 377573/2008) – Sentencia: 242/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"MORELLI DE NAVARRO CANDELARIA C/ ROBERTO CLARA MONICA S/ COBRO EJECUTIVO"** - (Expte.: 470761/2012) – Sentencia: 248/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto

San Martín 161 | 8300 | Neuquén | Tel. 0299 448 0572/0703/0705 | sbyjnq@jusneuquen.gov.ar

- **"CARRASCO VIDAL CARLOS ARMANDO C/ GIULIETTI SANTIAGO ROBERTO S/ D. y P. - MALA PRAXIS"** - (Expte.: 464751/2012) – Sentencia: 12/16 – Fecha: 04/02/2016 ver texto
- **"DIRECCION PCIAL. DE VIALIDAD C/ CORTONA MARCELO LUIS S/ EXPROPIACION"** - (Expte.: 398884/2009) – Sentencia: 27/16 – Fecha: 18/02/2016 ver texto
- **"VESPOLI NESTOR ANTONIO C/ SEPULVEDA MARISOL Y OTRO S/ D. y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)"** - (Expte.: 419044/2010) – Sentencia: 25/16 – Fecha: 18/02/2016 ver texto

Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la I Circunscripción – Sala II

- **"SAEZ JAQUELINA NOELIA C/ WAL MART S. A. S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - (Expte.: 430298/2015) – Sentencia: 204/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"L. C. M. A. C/ U. M. R. A. S/ PRIVACION EJERCICIO RESPONSABILIDAD PARENTAL"** - (Expte.: 71957/2015) – Interlocutoria: 569/15 – Fecha: 18/12/2015 ver texto
- **"ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DE NEUQUÉN (E.P.E.N) C/ CONANTONIO LUCIANA S/ INCIDENTE DE APELACION"** - (Expte.: 1712/2015) – Interlocutoria: 478/15 – Fecha: 22/10/2015 ver texto
- **"M. F. P. E. C/ E. J. M. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - (Expte.: 63121/2014) – Interlocutoria: 531/15 – Fecha: 01/12/2015 ver texto
- **"RIOS PEDULLA ANA MARIA C/ GUERRA TAPIA FRESIA DEL ROSAR S/ ACCION REIVINDICATORIA"** - (Expte.: 348011/2007) – Interlocutoria: 546/15 – Fecha: 17/12/2015 ver texto
- **"LEDESMA DANIEL DERMIDIO C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION S/ AMPARO POR MORA"** - (Expte.: 506619/2015) – Interlocutoria: 558/15 – Fecha: 17/12/2015 ver texto
- **"DELARRIVA BARBARA SOLEDAD C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 71573/2015) – Interlocutoria: 564/15 – Fecha: 18/12/2015 ver texto
- **"MORALES ISAIAS MAXIMILIANO C/ HOURIET SILVANA JUDIT S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 474249/2013) – Interlocutoria: 565/15 – Fecha: 18/12/2015 ver texto
- **"ODONE ROMINA ANDREA C/ I.S.S.N. S/ INC. DE ELEVACION (EXP 70865/2015)"** - (Expte.: 901/2015) – Interlocutoria: 481/15 – Fecha: 901/2015 ver texto
- **"BARRIGA JUAN MATIAS C/ QBE ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - (Expte.: 449470/2011) – Sentencia: 05/16 – Fecha: 11/02/2016 ver texto

San Martín 161 | 8300 | Neuquén | Tel. 0299 448 0572/0703/0705 | sbyjnq@jusneuquen.gov.ar

- **"SIEBEN MARIA MARTA Y OTRO C/ JASAN NILDA SUSANA Y OTROS S/ D. Y P. RESPONSAB. EXTRACONT. ESTADO"** - (Expte.: 381798/2008) – Sentencia: 06/16 – Fecha: 11/02/2016 ver texto
- **"CHEUQUEL MARCELO ANTONIO C/ CONSTRUCCIONES INDUSTRIALES S.A. Y OTROS S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - (Expte.: 352182/2007) – Sentencia: 07/16 – Fecha: 11/02/2016 ver texto
- **"CARCAMO ALEJANDRO C/ T.M.P. NEUQUEN S.R.L. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - (Expte.: 252193/2000) – Sentencia: 10/16 – Fecha: 18/02/2016 ver texto
- **"MOYANO LILIA MARGARITA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 504420/2014) – Sentencia: 11/16 – Fecha: 18/02/2016 ver texto
- **"DUSCHEK MARIANA LORENA C/ SOCIEDAD ANONIMA IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ PEDIDO"** - (Expte.: 507130/2015) – Interlocutoria: 22/16 – Fecha: 23/02/2016 ver texto
- **"PAILAHUEQUE GILBERTO C/ HORMIQUEN S.A. Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - (Expte.: 473049/2012) – Sentencia: 01/16 – Fecha: 04/02/2016 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ OCCHI MABEL DELIA S/ APREMIO"** - (Expte.: 522751/2014) – Sentencia: 03/16 – Fecha: 04/02/2016 ver texto

Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la I Circunscripción – Sala III

- **"TEJADA DALMA ROSA C/ BORDA ALFONSO S/ POSESIÓN VEINTEAÑAL"** - (Expte.: 471257/2015) – Sentencia: 176/15 – Fecha: 15/12/2015 ver texto
- **"DIAZ OSVALDO ALFREDO Y OTROS C/ COOP. AGUA POTABLE PLOTTIER LTDA S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - (Expte.: 447338/2011) – Sentencia: 178/15 – Fecha: 15/12/2015 ver texto
- **"BANCO HIPOTECARIO S.A. C/ ORTIZ MONTECINOS GERARDO A. S/ COBRO EJECUTIVO"** - (Expte.: 449600/2011) – Sentencia: 183/15 – Fecha: 17/12/2015 ver texto
- **"PETERS GABRIELA LORENA C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 70808/2015) – Sentencia: 188/15 – Fecha: 18/12/2015 ver texto
- **"E. M. I. S/ SITUACION LEY 2212"** - (Expte.: 68680/2015) – Interlocutoria: 469/15 – Fecha: 12/11/2015 ver texto

- **"GODOY VALERIA DEL CARMEN Y OTRO C/ VARGAS JALDIN RICARDO Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOMOTOR CON LESION O MUERTE"** - (Expte.: 504446/2014) – Interlocutoria: 470/15 – Fecha: 12/11/2015 ver texto
- **"SMITH ERICA DANIELA C/ COOPERATIVA DE TRABAJO SUR. COS LTDA Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACIÓN O CONSIGNACIÓN ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES S/ INDEMNIZACION"** - (Expte.: 502613/2014) – Sentencia: 189/15 – Fecha: 22/12/2015 ver texto
- **"FIGUEROA MAURO NICOLAS C/ CAPELLI EMILIO SEBASTIAN Y OTRO S /D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 469182/2012) – Sentencia: 192/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"SANZ CARLOS C/ MATUZ JUAN DE DIOS Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 396065/2009) – Sentencia: 137/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"AADI CAPIF C/ GOMEZ FABIAN FABIO F. S/ COBRO SUMARIO DE PESOS"** - (Expte.: 507250/2015) – Interlocutoria: 396/15 – Fecha: 29/09/2015 ver texto
- **"T. R. A. C/ C. S. D. C. S/ INC. REDUCCION CUOTA ALIMENTARIA"** - (Expte.: 48082/2011) – Interlocutoria: 436/15 – Fecha: 29/10/2015 ver texto
- **"LUDUEÑA RAUL HECTOR S/ SUCESION AB-INTESTATO"** - (Expte.: 501424/2014) – Interlocutoria: 497/15 – Fecha: 15/12/2015 ver texto
- **"DARMUN JULIA C/ AVILA CLARA Y OTROS S/ DESALOJO SIN EXISTENCIA DE CONTRATO DE LOCACIÓN (COMODATO, OCUPACIÓN, ETC.)"** - (Expte.: 504299/2014) – Interlocutoria: 508/15 – Fecha: 22/12/2015 ver texto
- **"RINALDI JULIO DOMINGO C/ RIVA S.A.I.C.I.C.F.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - (Expte.: 399315/2009) – Sentencia: 191/15 – Fecha: 22/12/2015 ver texto
- **"HERNANDEZ BELTRAN BENJAMIN S/ SUCESIÓN AB-INTESTATO"** - (Expte.: 505059/2014) – Interlocutoria: 511/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto

Tribunal de Impugnación

- **"SUÁREZ JUAN CARLOS S/ HOMICIDIO CULPOSO"** - (Expte.: MPFNQ 19.374/14) – Sentencia: 1/16 - Fecha: 01/02/2016 ver texto
- **"HERNANDEZ CARLOS DANIEL Y OTROS S/ ROBO CON ARMAS"** - (Expte.: MPFNQ 50309/2015) – Sentencia: S/N - Fecha: 12/01/2016 ver texto
- **"S. W. D S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - (Expte.: MPFNQ 15428/2014) – Sentencia: S/N - Fecha: 2/2/2016 ver texto
- **"H. D. S/ ABUSO SEXUAL"** - (Expte.: MPFZap 15643/2015) – Sentencia: S/N - Fecha: 03/02/2016 ver texto

- **"D. L. H. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** - (Expte.: MPFNQ 12413/2014) – Sentencia: S/N - Fecha: 04/02/2016 ver texto

Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I

- **"A. C. P. S/ INCIDENTE DE AUTORIZACION PARA VENDER"** - (Expte.: 516/2015) – Interlocutoria: 109/15 – Fecha: 12/11/2015 ver texto

Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II

- **"GONZALEZ DIEGO ARMANDO C/ LAKE BOARD S.A. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA PAGO HABERES"** - (Expte.: 33175/2012) – Acuerdo: 79/15 – Fecha: 01/12/2015 ver texto
- **"LOPEZ JUAN ANTONIO Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 40263/2014) – Acuerdo: 80/15 – Fecha: 01/12/2015 ver texto
- **"HERRERA ELENA GISEL C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 35357/2013) – Acuerdo: 81/15 – Fecha: 09/12/2015 ver texto
- **"REINHOLD ALEJANDRO FEDERICO C/ LA CORDILLERANA S.A. Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 3622/2012) – Acuerdo: 85/15 – Fecha: 11/12/2015 ver texto
- **"DAGNINO JAVIER ALFREDO C/ GLUZMAN MARTIN S/ INC. DESALOJO INMUEBLE"** - (Expte.: 654/2015) – Interlocutoria: 115/15 – Fecha: 09/12/2015 ver texto
- **"ANDINA INTERNACIONAL CAMBIO Y TURISMO S.A C/ BANCO PATAGONIA S.A SUCURSAL SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 43941/2015) – Interlocutoria: 108/15 – Fecha: 04/11/2015 ver texto

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

San Martín 161 | 8300 | Neuquén | Tel. 0299 448 0572/0703/0705 | sbyjnq@jusneuquen.gov.ar

Por Tema

Accidente de trabajo

- **"CONTRERAS SERGIO RICARDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 2513/2008) – Acuerdo: 102/15 – Fecha: 14/12/2015 ver texto
- **"BARRIGA JUAN MATIAS C/ QBE ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 449470/2011) – Sentencia: 05/16 – Fecha: 11/02/2016 ver texto
- **"CHEUQUEL MARCELO ANTONIO C/ CONSTRUCCIONES INDUSTRIALES S.A. Y OTROS S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 352182/2007) – Sentencia: 07/16 – Fecha: 11/02/2016 ver texto
- **"CARCAMO ALEJANDRO C/ T.M.P. NEUQUEN S.R.L. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 252193/2000) – Sentencia: 10/16 – Fecha: 18/02/2016 ver texto
- **"RINALDI JULIO DOMINGO C/ RIVA S.A.I.C.I.C.F.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 399315/2009) – Sentencia: 191/15 – Fecha: 22/12/2015 ver texto
- **"HERRERA ELENA GISEL C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 35357/2013) – Acuerdo: 81/15 – Fecha: 09/12/2015 ver texto

Accidente de tránsito

- **"VILLAGRAN ENRIQUE OMAR Y OTRO C/ CHANDÍA JOSÉ RICARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 151/2012) – Acuerdo: 45/15 – Fecha: 23/10/2015 ver texto
- **"VESPOLI NESTOR ANTONIO C/ SEPULVEDA MARISOL Y OTRO S/ D. y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 419044/2010) – Sentencia: 25/16 – Fecha: 18/02/2016 ver texto

San Martín 161 | 8300 | Neuquén | Tel. 0299 448 0572/0703/0705 | sbyjnq@jusneuquen.gov.ar

- **"SANZ CARLOS C/ MATUZ JUAN DE DIOS Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 396065/2009) – Sentencia: 137/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto

Acción de amparo

- **"MOYANO LILIA MARGARITA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 504420/2014) – Sentencia: 11/16 – Fecha: 18/02/2016 ver texto
- **"PETERS GABRIELA LORENA C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 70808/2015) – Sentencia: 188/15 – Fecha: 18/12/2015 ver texto
- **"LOPEZ JUAN ANTONIO Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 40263/2014) – Acuerdo: 80/15 – Fecha: 01/12/2015 ver texto
- **"ANDINA INTERNACIONAL CAMBIO Y TURISMO S.A C/ BANCO PATAGONIA S.A SUCURSAL SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 43941/2015) – Interlocutoria: 108/15 – Fecha: 04/11/2015 ver texto

Actos procesales

- **"MORELLI DE NAVARRO CANDELARIA C/ ROBERTO CLARA MONICA S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 470761/2012) – Sentencia: 248/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"L. C. M. A. C/ U. M. R. A. S/ PRIVACION EJERCICIO RESPONSABILIDAD PARENTAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 71957/2015) – Interlocutoria: 569/15 – Fecha: 18/12/2015 ver texto

- **"LEDESMA DANIEL DERMIDIO C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION S/ AMPARO POR MORA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 506619/2015) – Interlocutoria: 558/15 – Fecha: 17/12/2015 ver texto
- **"AADI CAPIF C/ GOMEZ FABIAN FABIO F. S/ COBRO SUMARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 507250/2015) – Interlocutoria: 396/15 – Fecha: 29/09/2015 ver texto

Acción penal

- **"SUÁREZ JUAN CARLOS S/ HOMICIDIO CULPOSO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 19.374/14) – Sentencia: 1/16 - Fecha: 01/02/2016 ver texto

Acción procesal administrativa

- **"FARIAS RAMON MARTIN C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2857/2009) – Acuerdo: 90/15 – Fecha: 23/11/2015 ver texto

Adopción

- **"P.G.A.T. S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 73036/2015) – Interlocutoria: 486/16 – Fecha: 22/12/2015 ver texto

Alimentos

- **"M. F. P. E. C/ E. J. M. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 63121/2014) – Interlocutoria: 531/15 – Fecha: 01/12/2015 ver texto
- **"T. R. A. C/ C. S. D. C. S/ INC. REDUCCION CUOTA ALIMENTARIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 48082/2011) – Interlocutoria: 436/15 – Fecha: 29/10/2015 ver texto

San Martín 161 | 8300 | Neuquén | Tel. 0299 448 0572/0703/0705 | sbyjnq@jusneuquen.gov.ar

Cargo docente

- **"GATTAFONI NESTOR EDUARDO C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3063/2010) – Acuerdo: 101/15 – Fecha: 30/11/2015 ver texto

Cesión de derechos

- **"A. C. P. S/ INCIDENTE DE AUTORIZACION PARA VENDER"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 516/2015) – Interlocutoria: 109/15 – Fecha: 12/11/2015 ver texto

Contratos administrativos

- **"CARPAS D'ANGIOLA S.R.L. C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3441/2011) – Acuerdo: 104/15 – Fecha: 14/12/2015 ver texto
- **"AGOSTINO DANIEL EDUARDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 2211/07 y sus acumulados, caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ AGOSTINO DANIEL EDUARDO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" EXPTE. 2483-08** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2211/2007) – Acuerdo: 106/15 – Fecha: 18/12/2015 ver texto

Contrato de seguro

- **"MONTE LUIS ALBERTO C/ MAPFRE CÍA DE SEGUROS S.A. S /COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 45/2012) – Acuerdo: 47/15 – Fecha: 09/11/2015 ver texto

Contrato de trabajo

- **"REINHOLD ALEJANDRO FEDERICO C/ LA CORDILLERANA S.A. Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y

V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 3622/2012) – Acuerdo: 85/15 – Fecha: 11/12/2015 ver texto

Daños y perjuicios

- **"CARRASCO VIDAL CARLOS ARMANDO C/ GIULIETTI SANTIAGO ROBERTO S/ D. y P. - MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 464751/2012) – Sentencia: 12/16 – Fecha: 04/02/2016 ver texto
- **"SAEZ JAQUELINA NOELIA C/ WAL MART S. A. S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 430298/2015) – Sentencia: 204/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"PAILAHUEQUE GILBERTO C/ HORMIQUEN S.A. Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 473049/2012) – Sentencia: 01/16 – Fecha: 04/02/2016 ver texto
- **"FIGUEROA MAURO NICOLAS C/ CAPELLI EMILIO SEBASTIAN Y OTRO S /D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 469182/2012) – Sentencia: 192/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto

Declaración de puro derecho

- **"DAGNINO JAVIER ALFREDO C/ GLUZMAN MARTIN S/ INC. DESALOJO INMUEBLE"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 654/2015) – Interlocutoria: 115/15 – Fecha: 09/12/2015 ver texto

Despido

- **"SMITH ERICA DANIELA C/ COOPERATIVA DE TRABAJO SUR. COS LTDA Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACIÓN O CONSIGNACIÓN ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES S/ INDEMNIZACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 502613/2014) – Sentencia: 189/15 – Fecha: 22/12/2015 ver texto

San Martín 161 | 8300 | Neuquén | Tel. 0299 448 0572/0703/0705 | sbyjnq@jusneuquen.gov.ar

Dominio

- **"SANCHEZ SCHWANTZ SIXTO C/ BENEGAS LIDIA Y OTRO S/ ACCION REIVINDICATORIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 417872/2010) – Sentencia: 249/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"S. PETR. GAS. P. R. NEG. NQN Y L. PAM C/ FED. ARG. SIND. PETR. GAS. BIOCOMB. S/ POSESION VEINTEAÑAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 377573/2008) – Sentencia: 242/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"TEJADA DALMA ROSA C/ BORDA ALFONSO S/ POSESIÓN VEINTEAÑAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 471257/2015) – Sentencia: 176/15 – Fecha: 15/12/2015 ver texto

Empleo público

- **"CABEZA MECKERT JULIA ALEJANDRINA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1006/2004) – Acuerdo: 91/15 – Fecha: 23/11/2015 ver texto
- **"BARRIENTOS MARIANO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1994/2007) – Acuerdo: 95/15 – Fecha: 30/11/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ D'ANDREA CARLOS S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3521/2011) – Acuerdo: 103/15 – Fecha: 14/12/2015 ver texto
- **"PEDROSA LIDIA OLGA C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1225/2004) – Acuerdo: 80/15 – Fecha: 23/10/2015 ver texto

Gastos del proceso

- **"FRANZ Y PEPPONE S.R.L. C/ EMBOTELLADORA COMAHUE S. A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 197/2009) – Acuerdo: 52/15 – Fecha: 23/12/2015 ver texto

San Martín 161 | 8300 | Neuquén | Tel. 0299 448 0572/0703/0705 | sbyjnq@jusneuquen.gov.ar

- **"DIRECCION PCIAL. DE VIALIDAD C/ CORTONA MARCELO LUIS S/ EXPROPIACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 398884/2009) – Sentencia: 27/16 – Fecha: 18/02/2016 ver texto
- **"MORALES ISAIAS MAXIMILIANO C/ HOURIET SILVANA JUDIT S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 474249/2013) – Interlocutoria: 565/15 – Fecha: 18/12/2015 ver texto
- **"GODOY VALERIA DEL CARMEN Y OTRO C/ VARGAS JALDIN RICARDO Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOMOTOR CON LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 504446/2014) – Interlocutoria: 470/15 – Fecha: 12/11/2015 ver texto

Impugnación extraordinaria:

- **"D. J. V. S/ ABUSO SEXUAL SIMPLE 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 112/2015) – Acuerdo: 01/16 – Fecha: 12/02/2016 ver texto

Intereses

- **"BANCO HIPOTECARIO S.A. C/ ORTIZ MONTECINOS GERARDO A. S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 449600/2011) – Sentencia: 183/15 – Fecha: 17/12/2015 ver texto

Jubilación

- **"NAIFLEISCH MARÍA CLARA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4765/2014) – Acuerdo: 96/15 – Fecha: 30/11/2015 ver texto

Ley de contrato de trabajo

- **"ARRIAGADA ORMEÑO RAÚL Y OTROS C/ VERITAS D.G.C. S/ COBRO DE HABERES"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 227/2009) – Acuerdo: 36/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto

Ley de cooperativas

- **"DIAZ OSVALDO ALFREDO Y OTROS C/ COOP. AGUA POTABLE PLOTTIER LTDA S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 447338/2011) – Sentencia: 178/15 – Fecha: 15/12/2015 ver texto

Medidas autosatisfactivas

- **"DUSCHEK MARIANA LORENA C/ SOCIEDAD ANONIMA IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ PEDIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 507130/2015) – Interlocutoria: 22/16 – Fecha: 23/02/2016 ver texto

Medidas cautelares

- **"PARADA MABEL IRIS C/ COOPERATIVA DE SERVICIOS PUBLICOS PLOTTIER LTDA S/ INCIDENTE DE APELACIÓN DE MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 1750/2015) – Interlocutoria: 488/15 – Fecha: 22/12/2015 ver texto
- **"ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DE NEUQUÉN (E.P.E.N) C/ CONANTONIO LUCIANA S/ INCIDENTE DE APELACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1712/2015) – Interlocutoria: 478/15 – Fecha: 22/10/2015 ver texto
- **"DELARRIVA BARBARA SOLEDAD C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 71573/2015) – Interlocutoria: 564/15 – Fecha: 18/12/2015 ver texto
- **"ODONE ROMINA ANDREA C/ I.S.S.N. S/ INC. DE ELEVACION (EXP 70865/2015)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 901/2015) – Interlocutoria: 481/15 – Fecha: 901/2015 ver texto
- **"E. M. I. S/ SITUACION LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 68680/2015) – Interlocutoria: 469/15 – Fecha: 12/11/2015 ver texto

Obligaciones

- **"MOLINA OSCAR RAUL C/ SOLAZZI SERGIO ARIEL Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 476810/2013) – Sentencia: 222/15 – Fecha: 03/12/2015 ver texto

Oralidad

- **"D. L. H. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 12413/2014) – Sentencia: S/N - Fecha: 04/02/2016 ver texto

Prescripción

- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ LUCERO EVA S/ APREMIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 81/2013) – Acuerdo: 48/15 – Fecha: 11/11/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ VÍA BARILOCHE S.R.L. S/ APREMIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 159/2009) – Acuerdo: 50/15 – Fecha: 01/12/2015 ver texto

Prescripción adquisitiva

- **"DOMÍNGUEZ OSCAR ALBERTO Y OTRO C/ GANADERA DEL SUD S.A. S/ PRESCRIPCIÓN"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 65/2013) – Acuerdo: 40/15 – Fecha: 14/10/2015 ver texto

Prisión preventiva

- **"HERNANDEZ CARLOS DANIEL Y OTROS S/ ROBO CON ARMAS"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 50309/2015) – Sentencia: S/N - Fecha: 12/01/2016 ver texto

Procesos especiales

- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ MERCADO RAÚL A. Y OTRO S/ EXPROPIACIÓN"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 114/2011) – Acuerdo: 49/15 – Fecha: 26/11/2015 ver texto

- **"MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ OCCHI MABEL DELIA S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 522751/2014) – Sentencia: 03/16 – Fecha: 04/02/2016 ver texto
- **"DARMUN JULIA C/ AVILA CLARA Y OTROS S/ DESALOJO SIN EXISTENCIA DE CONTRATO DE LOCACIÓN (COMODATO, OCUPACIÓN, ETC.)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 504299/2014) – Interlocutoria: 508/15 – Fecha: 22/12/2015 ver texto

Procesos de ejecución

- **"RIOS PEDULLA ANA MARIA C/ GUERRA TAPIA FRESIA DEL ROSAR S/ ACCION REIVINDICATORIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 348011/2007) – Interlocutoria: 546/15 – Fecha: 17/12/2015 ver texto

Proceso sucesorio

- **"NIETO LUIS RAMON S/ SUCESION AB-INTESTATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 505793/2014) – Interlocutoria: 497/15 - Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"HERNANDEZ BELTRAN BENJAMIN S/ SUCESIÓN AB-INTESTATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 505059/2014) – Interlocutoria: 511/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto

Prueba

- **"H. D. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZap 15643/2015) – Sentencia: S/N - Fecha: 03/02/2016 ver texto

Rebeldía

San Martín 161 | 8300 | Neuquén | Tel. 0299 448 0572/0703/0705 | sbyjnq@jusneuquen.gov.ar

- **"S. W. D S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 15428/2014) – Sentencia: S/N - Fecha: 2/2/2016 ver texto

Recursos

- **"R. A. S/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE -IMPUGNACION EXTRAORDINARIA-"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 11/2015) – Acuerdo: 38/15 – Fecha: 30/12/2015 ver texto
- **"S. A. B. S/ ABUSO SEXUAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 142/2015) – Acuerdo: 40/15 – Fecha: 30/12/2015 ver texto

Recurso extraordinario local

- **"SUÁREZ MARIELA DEL CARMEN C/ COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. S/ COBRO DE HABERES"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 68/2011) – Acuerdo: 38/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto
- **"TEMPESTTI MELISA NOELIA C/ COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. S/ COBRO DE HABERES"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 55/2010) – Acuerdo: 39/15 – Fecha: 14/10/2015 ver texto

Remuneración

- **"GONZALEZ DIEGO ARMANDO C/ LAKE BOARD S.A. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA PAGO HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 33175/2012) – Acuerdo: 79/15 – Fecha: 01/12/2015 ver texto

Responsabilidad extracontractual del Estado

- **"SIEBEN MARIA MARTA Y OTRO C/ JASAN NILDA SUSANA Y OTROS S/ D. Y P. RESPONSAB. EXTRACONT. ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 381798/2008) – Sentencia: 06/16 – Fecha: 11/02/2016 ver texto

Seguridad social

San Martín 161 | 8300 | Neuquén | Tel. 0299 448 0572/0703/0705 | sbyjnq@jusneuquen.gov.ar

- **"RODRÍGUEZ IRMA DEL CARMEN C/ FERNÁNDEZ ÁNGELA MARÍA Y OTRO S/ COBRO DE PESOS POR SEGURO COMPLEMENTARIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 92/2010) – Acuerdo: 51/15 – Fecha: 21/12/2015 ver texto

Sucesiones

- **"LUDUEÑA RAUL HECTOR S/ SUCESION AB-INTESTATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 501424/2014) – Interlocutoria: 497/15 – Fecha: 15/12/2015 ver texto

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

San Martín 161 | 8300 | Neuquén | Tel. 0299 448 0572/0703/0705 | sbyjnq@jusneuquen.gov.ar

Por Carátula

- **"AADI CAPIF C/ GOMEZ FABIAN FABIO F. S/ COBRO SUMARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 507250/2015) – Interlocutoria: 396/15 – Fecha: 29/09/2015 ver texto
- **"A. C. P. S/ INCIDENTE DE AUTORIZACION PARA VENDER"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 516/2015) – Interlocutoria: 109/15 – Fecha: 12/11/2015 ver texto
- **"AGOSTINO DANIEL EDUARDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 2211/07 y sus acumulados, caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ AGOSTINO DANIEL EDUARDO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" EXPTE. 2483-08** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2211/2007) – Acuerdo: 106/15 – Fecha: 18/12/2015 ver texto
- **"ANDINA INTERNACIONAL CAMBIO Y TURISMO S.A C/ BANCO PATAGONIA S.A SUCURSAL SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 43941/2015) – Interlocutoria: 108/15 – Fecha: 04/11/2015 ver texto
- **"ARRIAGADA ORMEÑO RAÚL Y OTROS C/ VERITAS D.G.C. S/ COBRO DE HABERES"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 227/2009) – Acuerdo: 36/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto
- **"BANCO HIPOTECARIO S.A. C/ ORTIZ MONTECINOS GERARDO A. S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 449600/2011) – Sentencia: 183/15 – Fecha: 17/12/2015 ver texto
- **"BARRIENTOS MARIANO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1994/2007) – Acuerdo: 95/15 – Fecha: 30/11/2015 ver texto
- **"BARRIGA JUAN MATIAS C/ QBE ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 449470/2011) – Sentencia: 05/16 – Fecha: 11/02/2016 ver texto
- **"BUSTAMANTE NESTOR FABIAN C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte: 769/2003) – Acuerdo: 99/15 – Fecha: 30/11/2015 ver texto
- **"CABEZA MECKERT JULIA ALEJANDRINA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1006/2004) – Acuerdo: 91/15 – Fecha: 23/11/2015 ver texto
- **"CARCAMO ALEJANDRO C/ T.M.P. NEUQUEN S.R.L. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 252193/2000) – Sentencia: 10/16 – Fecha: 18/02/2016 ver texto

- **"CARPAS D'ANGIOLA S.R.L. C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3441/2011) – Acuerdo: 104/15 – Fecha: 14/12/2015 ver texto
- **"CARRASCO VIDAL CARLOS ARMANDO C/ GIULIETTI SANTIAGO ROBERTO S/ D. y P. - MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 464751/2012) – Sentencia: 12/16 – Fecha: 04/02/2016 ver texto
- **"CHEUQUEL MARCELO ANTONIO C/ CONSTRUCCIONES INDUSTRIALES S.A. Y OTROS S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 352182/2007) – Sentencia: 07/16 – Fecha: 11/02/2016 ver texto
- **"CONTRERAS SERGIO RICARDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2513/2008) – Acuerdo: 102/15 – Fecha: 14/12/2015 ver texto
- **"D. J. V. S/ ABUSO SEXUAL SIMPLE 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 112/2015) – Acuerdo: 01/16 – Fecha: 12/02/2016 ver texto
- **"D. L. H. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 12413/2014) – Sentencia: S/N - Fecha: 04/02/2016 ver texto
- **"DAGNINO JAVIER ALFREDO C/ GLUZMAN MARTIN S/ INC. DESALOJO INMUEBLE"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 654/2015) – Interlocutoria: 115/15 – Fecha: 09/12/2015 ver texto
- **"DARMUN JULIA C/ AVILA CLARA Y OTROS S/ DESALOJO SIN EXISTENCIA DE CONTRATO DE LOCACIÓN (COMODATO, OCUPACIÓN, ETC.)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 504299/2014) – Interlocutoria: 508/15 – Fecha: 22/12/2015 ver texto
- **"DELARRIVA BARBARA SOLEDAD C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 71573/2015) – Interlocutoria: 564/15 – Fecha: 18/12/2015 ver texto
- **"DIAZ OSVALDO ALFREDO Y OTROS C/ COOP. AGUA POTABLE PLOTTIER LTDA S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 447338/2011) – Sentencia: 178/15 – Fecha: 15/12/2015 ver texto
- **"DIRECCION PCIAL. DE VIALIDAD C/ CORTONA MARCELO LUIS S/ EXPROPIACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 398884/2009) – Sentencia: 27/16 – Fecha: 18/02/2016 ver texto
- **"DOMÍNGUEZ OSCAR ALBERTO Y OTRO C/ GANADERA DEL SUD S.A. S/ PRESCRIPCIÓN"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 65/2013) – Acuerdo: 40/15 – Fecha: 14/10/2015 ver texto
- **"DUSCHEK MARIANA LORENA C/ SOCIEDAD ANONIMA IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ PEDIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 507130/2015) – Interlocutoria: 22/16 – Fecha: 23/02/2016 ver texto

San Martín 161 | 8300 | Neuquén | Tel. 0299 448 0572/0703/0705 | sbyjnq@jusneuquen.gov.ar

- **"E. M. I. S/ SITUACION LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 68680/2015) – Interlocutoria: 469/15 – Fecha: 12/11/2015 ver texto
- **"ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DE NEUQUÉN (E.P.E.N) C/ CONANTONIO LUCIANA S/ INCIDENTE DE APELACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1712/2015) – Interlocutoria: 478/15 – Fecha: 22/10/2015 ver texto
- **"FARIAS RAMON MARTIN C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2857/2009) – Acuerdo: 90/15 – Fecha: 23/11/2015 ver texto
- **"FIGUEROA MAURO NICOLAS C/ CAPELLI EMILIO SEBASTIAN Y OTRO S /D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 469182/2012) – Sentencia: 192/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"FRANZ Y PEPPONE S.R.L. C/ EMBOTELLADORA COMAHUE S. A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 197/2009) – Acuerdo: 52/15 – Fecha: 23/12/2015 ver texto
- **"GATTAFONI NESTOR EDUARDO C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 3063/2010) – Acuerdo: 101/15 – Fecha: 30/11/2015 ver texto
- **"GODOY VALERIA DEL CARMEN Y OTRO C/ VARGAS JALDIN RICARDO Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOMOTOR CON LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 504446/2014) – Interlocutoria: 470/15 – Fecha: 12/11/2015 ver texto
- **"GONZALEZ DIEGO ARMANDO C/ LAKE BOARD S.A. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA PAGO HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 33175/2012) – Acuerdo: 79/15 – Fecha: 01/12/2015 ver texto
- **"H. D. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZap 15643/2015) – Sentencia: S/N - Fecha: 03/02/2016 ver texto
- **"HERNANDEZ BELTRAN BENJAMIN S/ SUCESIÓN AB-INTESTATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 505059/2014) – Interlocutoria: 511/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"HERNANDEZ CARLOS DANIEL Y OTROS S/ ROBO CON ARMAS"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 50309/2015) – Sentencia: S/N - Fecha: 12/01/2016 ver texto
- **"HERRERA ELENA GISEL C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 35357/2013) – Acuerdo: 81/15 – Fecha: 09/12/2015 ver texto
- **"L. C. M. A. C/ U. M. R. A. S/ PRIVACION EJERCICIO RESPONSABILIDAD PARENTAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 71957/2015) – Interlocutoria: 569/15 – Fecha: 18/12/2015 ver texto

- **"LEDESMA DANIEL DERMIDIO C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION S/ AMPARO POR MORA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 506619/2015) – Interlocutoria: 558/15 – Fecha: 17/12/2015 ver texto
- **"LOPEZ JUAN ANTONIO Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 40263/2014) – Acuerdo: 80/15 – Fecha: 01/12/2015 ver texto
- **"LUDUEÑA RAUL HECTOR S/ SUCESION AB-INTESTATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 501424/2014) – Interlocutoria: 497/15 – Fecha: 15/12/2015 ver texto
- **"M. F. P. E. C/ E. J. M. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 63121/2014) – Interlocutoria: 531/15 – Fecha: 01/12/2015 ver texto
- **"MOLINA OSCAR RAUL C/ SOLAZZI SERGIO ARIEL Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 476810/2013) – Sentencia: 222/15 – Fecha: 03/12/2015 ver texto
- **"MONTE LUIS ALBERTO C/ MAPFRE CÍA DE SEGUROS S.A. S /COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 45/2012) – Acuerdo: 47/15 – Fecha: 09/11/2015 ver texto
- **"MORALES ISAIAS MAXIMILIANO C/ HOURIET SILVANA JUDIT S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 474249/2013) – Interlocutoria: 565/15 – Fecha: 18/12/2015 ver texto
- **"MORELLI DE NAVARRO CANDELARIA C/ ROBERTO CLARA MONICA S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 470761/2012) – Sentencia: 248/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"MOYANO LILIA MARGARITA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 504420/2014) – Sentencia: 11/16 – Fecha: 18/02/2016 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ OCCHI MABEL DELIA S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 522751/2014) – Sentencia: 03/16 – Fecha: 04/02/2016 ver texto
- **"NAIFLEISCH MARÍA CLARA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4765/2014) – Acuerdo: 96/15 – Fecha: 30/11/2015 ver texto
- **"NIETO LUIS RAMON S/ SUCESION AB-INTESTATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 505793/2014) – Interlocutoria: 497/15 - Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"ODONE ROMINA ANDREA C/ I.S.S.N. S/ INC. DE ELEVACION (EXP 70865/2015)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I

Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 901/2015) – Interlocutoria: 481/15 – Fecha: 901/2015 ver texto

- **"P.G.A.T. S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 73036/2015) – Interlocutoria: 486/16 – Fecha: 22/12/2015 ver texto
- **"PAILAHUEQUE GILBERTO C/ HORMIQUEN S.A. Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 473049/2012) – Sentencia: 01/16 – Fecha: 04/02/2016 ver texto
- **"PARADA MABEL IRIS C/ COOPERATIVA DE SERVICIOS PUBLICOS PLOTTIER LTDA S/ INCIDENTE DE APELACIÓN DE MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 1750/2015) – Interlocutoria: 488/15 – Fecha: 22/12/2015 ver texto
- **"PEDROSA LIDIA OLGA C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 1225/2004) – Acuerdo: 80/15 – Fecha: 23/10/2015 ver texto
- **"PETERS GABRIELA LORENA C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 70808/2015) – Sentencia: 188/15 – Fecha: 18/12/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ D'ANDREA CARLOS S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3521/2011) – Acuerdo: 103/15 – Fecha: 14/12/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ LUCERO EVA S/ APREMIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 81/2013) – Acuerdo: 48/15 – Fecha: 11/11/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ MERCADO RAÚL A. Y OTRO S/ EXPROPIACIÓN"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 114/2011) – Acuerdo: 49/15 – Fecha: 26/11/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ VÍA BARILOCHE S.R.L. S/ APREMIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 159/2009) – Acuerdo: 50/15 – Fecha: 01/12/2015 ver texto
- **"R. A. S/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE -IMPUGNACION EXTRAORDINARIA-"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 11/2015) – Acuerdo: 38/15 – Fecha: 30/12/2015 ver texto
- **"REINHOLD ALEJANDRO FEDERICO C/ LA CORDILLERANA S.A. Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 3622/2012) – Acuerdo: 85/15 – Fecha: 11/12/2015 ver texto
- **"RINALDI JULIO DOMINGO C/ RIVA S.A.I.C.I.C.F.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 399315/2009) – Sentencia: 191/15 – Fecha: 22/12/2015 ver texto
- **"RIOS PEDULLA ANA MARIA C/ GUERRA TAPIA FRESIA DEL ROSAR S/ ACCION REIVINDICATORIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 348011/2007) – Interlocutoria: 546/15 – Fecha: 17/12/2015 ver texto

- **"RODRÍGUEZ IRMA DEL CARMEN C/ FERNÁNDEZ ÁNGELA MARÍA Y OTRO S/ COBRO DE PESOS POR SEGURO COMPLEMENTARIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 92/2010) – Acuerdo: 51/15 – Fecha: 21/12/2015 ver texto
- **"S. A. B. S/ ABUSO SEXUAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 142/2015) – Acuerdo: 40/15 – Fecha: 30/12/2015 ver texto
- **"S. PETR. GAS. P. R. NEG. NQN Y L. PAM C/ FED. ARG. SIND. PETR. GAS. BIOCOMB. S/ POSESION VEINTEAÑAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 377573/2008) – Sentencia: 242/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"S. W. D S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 15428/2014) – Sentencia: S/N - Fecha: 2/2/2016 ver texto
- **"SAEZ JAQUELINA NOELIA C/ WAL MART S. A. S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 430298/2015) – Sentencia: 204/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"SANCHEZ SCHWANTZ SIXTO C/ BENEGAS LIDIA Y OTRO S/ ACCION REIVINDICATORIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 417872/2010) – Sentencia: 249/15 – Fecha: 29/12/2015 ver texto
- **"SANZ CARLOS C/ MATUZ JUAN DE DIOS Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 396065/2009) – Sentencia: 137/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"SIEBEN MARIA MARTA Y OTRO C/ JASAN NILDA SUSANA Y OTROS S/ D. Y P. RESPONSAB. EXTRACONT. ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 381798/2008) – Sentencia: 06/16 – Fecha: 11/02/2016 ver texto
- **"SMITH ERICA DANIELA C/ COOPERATIVA DE TRABAJO SUR. COS LTDA Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACIÓN O CONSIGNACIÓN ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES S/ INDEMNIZACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 502613/2014) – Sentencia: 189/15 – Fecha: 22/12/2015 ver texto
- **"SUÁREZ JUAN CARLOS S/ HOMICIDIO CULPOSO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 19.374/14) – Sentencia: 1/16 - Fecha: 01/02/2016 ver texto
- **"SUÁREZ MARIELA DEL CARMEN C/ COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. S/ COBRO DE HABERES"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 68/2011) – Acuerdo: 38/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto
- **"T. R. A. C/ C. S. D. C. S/ INC. REDUCCION CUOTA ALIMENTARIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 48082/2011) – Interlocutoria: 436/15 – Fecha: 29/10/2015 ver texto
- **"TEJADA DALMA ROSA C/ BORDA ALFONSO S/ POSESIÓN VEINTEAÑAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 471257/2015) – Sentencia: 176/15 – Fecha: 15/12/2015 ver texto
- **"TEMPESTTI MELISA NOELIA C/ COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. S/ COBRO DE HABERES"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 55/2010) – Acuerdo: 39/15 – Fecha: 14/10/2015 ver texto

- **"VESPOLI NESTOR ANTONIO C/ SEPULVEDA MARISOL Y OTRO S/ D. y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 419044/2010) – Sentencia: 25/16 – Fecha: 18/02/2016 ver texto
- **"VILLAGRAN ENRIQUE OMAR Y OTRO C/ CHANDÍA JOSÉ RICARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 151/2012) – Acuerdo: 45/15 – Fecha: 23/10/2015 ver texto

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

San Martín 161 | 8300 | Neuquén | Tel. 0299 448 0572/0703/0705 | sbyjnq@jusneuquen.gov.ar

"FARIAS RAMON MARTIN C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2857/2009) – Acuerdo: 90/15 – Fecha: 23/11/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Acción procesal administrativa.

PRESCRIPCION. ACTO ADMINISTRATIVO NULO. PLAZO DE PRESCRIPCION.

Corresponde hacer lugar a la defensa de prescripción opuesta por la demandada y en consecuencia rechazar la demanda instaurada, en la que el actor solicitó el pago de la categoría FUD asignada por Decreto 3221/99 con carácter retroactivo; las diferencias por salarios caídos conforme a las escalas salariales vigentes desde la categoría reclamada, las diferencias derivadas en las liquidaciones del SAC por igual período y los reajustes correspondientes al ISSN en concepto de contribuciones patronales y aportes jubilatorios, con más intereses desde el momento en que debieron abonarse hasta la fecha de su efectivo pago. Ello porque tomando como fecha de partida el mes de diciembre de 1999 y considerando que las tachas que se efectúan al acto reciben encuadre en los términos del art. 67 de la Ley 1284 (cuya sanción es la nulidad y el término para impugnarlos es de cinco años); que la interposición de reclamos o recursos suspende por una sola vez el curso de la prescripción y por el término de un año, es claro que, a la fecha de promoción de la demanda (29/10/09) -habiendo transcurrido prácticamente diez años-, había operado la prescripción de la acción de conformidad con lo establecido por el art. 191 de la Ley 1284.

Texto completo:

ACUERDO N° 90. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los días veintitrés del mes de noviembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "FARIAS RAMON MARTIN C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 2857/09, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- A. fs. 12/15 se presenta el Sr. Ramón Martín Farias, mediante apoderado e inicia acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén.

Solicita la anulación de los Decretos 1558/09, 580/05 y la declaración de inexistencia del Decreto 56/99.

Asimismo, pretende la reasignación inmediata y el pago de la categoría FUD asignada por Decreto 3221/99 restableciendo, con carácter retroactivo, los derechos incumplidos y las diferencias por salarios caídos conforme a las escalas salariales vigentes desde la categoría reclamada, las diferencias derivadas en las liquidaciones del SAC por igual período y los reajustes correspondientes al ISSN en concepto de contribuciones patronales y aportes jubilatorios, con más intereses desde el momento en que debieron abonarse hasta la fecha de su efectivo pago.

Manifiesta que se desempeña como dependiente de la demandada desde el 1 de septiembre de 1980 cuando ingresó como personal contratado y pasó a la planta permanente el 1 de enero de 1986, prestando tareas

actualmente bajo la órbita del Ministerio de Desarrollo Social.

Indica que revistó categoría OSB-5, como auxiliar de servicios permanentes desde el 1 de abril de 1986 hasta septiembre de 1999, dependiendo del Ministerio de Salud y Acción Social.

Acota que el 18 de octubre de 1999 por razones de mejor servicio, los conocimientos adquiridos y su antigüedad fue ascendido a la categoría FUD y se lo trasladó a prestar tareas en la órbita del Consejo Provincial de Educación en la Dirección de Servicios.

Dice que se lo transfirió, convirtiendo su cargo, reubicándolo y reencasillándolo en la categoría FUD 5, asignada por medio del Decreto 3221/99, que es un acto administrativo regular, que le fue notificado y comenzó a ejecutarse en noviembre de 1999.

Refiere que el 13 de diciembre de 1999 a través del Decreto 056/99, se dejó sin efecto todos los traslados, adscripciones o reubicaciones dictados en el año 1999 alcanzando, según la Administración, al acto de alcance particular que lo recategorizó: Decreto 3221/99.

Señala que desde entonces, presta tareas en el Ministerio de Desarrollo Social, siendo responsable del Mantenimiento en el reparto de agua y manejo de los servicios de aire acondicionado y calefacción central, percibiendo remuneraciones bajo categoría OSB-5, a pesar de que efectivamente prestó tareas en las dependencias del Consejo Provincial de Educación, en los meses de noviembre y diciembre de 1999, como ordenaba el Decreto 3221/99 y se hizo acreedor de las sumas debidas por remuneraciones por las tareas realizadas en esa categoría.

Dice que en las distintas actuaciones administrativas presentadas, se sostuvo siempre que el Decreto 56/99 dejó, en todo caso, sin efecto traslados, adscripciones y/o reubicaciones y no la designación de la categoría por la conversión de su cargo y que, consecuentemente, para obtener la revocación de un acto regular que generó derechos, por parte de la propia Administración, se debía iniciar la acción de lesividad.

Refiere que el 19 de diciembre de 2000 intentó hacer efectivo el Decreto 3221/99 y solicitó el pase laboral (Expte. Adm. 2154-41288) pero fue denegado.

Indica que frente a esta situación inició un reclamo administrativo el 20 de junio de 2003, exigiendo el pago de la categoría acordada por Decreto 3221/99 e intereses desde la fecha en que debieron ser pagados, que fue denegado por Resolución 663/03.

Agrega que presentó un recurso reiterando el reclamo ya que, la Subsecretaria de Acción Social al resolver entendió que el Decreto 56/99 retraía la situación del agente también en lo relativo a su categoría y tal decisión fue confirmada por la Resolución del Ministerio de Acción Social.

Acota que luego presentó una nueva reclamación administrativa, contra la Resolución 399/04 que fue rechazada mediante el Decreto 580/05.

Dice que en abril de 2009, realizó otra presentación resolviéndose en forma adversa, dictándose el Decreto 1558/09.

Funda en derecho con citas doctrinarias y referencias de garantías constitucionales.

Plantea que el decreto cuya inexistencia se propugna ha sido dictado con alcance general, se encuentra viciado por incompetencia manifiesta y ha dejado sin efecto, entre otros, el Decreto 3221/99, que afirma es un acto administrativo de alcance particular, regular, que otorgaba a su parte derechos subjetivos, públicos, atribuyéndole una categoría superior a la que revestía hasta ese momento, había sido debidamente notificado e incluso se había comenzado a ejecutar. Cita jurisprudencia.

II.- Se decreta la admisión de la acción por medio de la R.I. 219/10(fs. 22).

III.- Efectuada la opción procesal por el procedimiento ordinario (fs. 25) la Provincia demandada se presenta mediante apoderado, con patrocinio letrado a contestar la demanda a fs. 34/38 y solicita su rechazo.

Interpone la excepción de prescripción de la acción.

Efectúa un repaso de lo manifestado por el actor y alude a la fecha de los decretos atacados: 56 del 13 de diciembre de 1999, 580 del 14 de abril de 2005 y 1558 del 3 de septiembre de 2009 y la fecha de los primeros reclamos administrativos: 19 de diciembre de 2000 (Expte. administrativo 2154-41288), 20 de junio de 2003 (fs. 6 Expte. administrativo 2154-69950/2003) y la fecha de interposición de la presente acción.

Dice que los decretos atacados son actos administrativos estables y legítimos y han transcurridos desde su dictado 9 años y más de 10 meses, 4 años y 6 meses, tal como surge de la copia de los reclamos agregada.

En consecuencia, expresa que el planteo fue interpuesto por primera vez el 19/12/00 y 20/6/03, de manera extemporánea, encontrándose vencido en exceso el plazo establecido en los artículos 186, 191 y 192 de la Ley 1284.

Señala que al interponer el actor su primer reclamo contra el Decreto 056/99, habían transcurrido 9 años, sin que se adviertan causales de interrupción o suspensión de la prescripción, ni que el reclamante haya manifestado su disconformidad con el encuadre dado por dichos actos administrativos de manera previa.

Agrega que, desde la emisión de los dos primeros decretos en cuestión, hasta la fecha de interposición de la demanda, ha transcurrido en exceso el plazo de 5 años de prescripción. Una vez prescripto de manera evidente su supuesto derecho, interpuso el primer reclamo administrativo y luego la demanda judicial.

Sostiene que el supuesto de autos no es un caso de inexistencia del acto administrativo, vicio que además dice que no fue invocado ya que se aludió a vicios graves en los actos atacados (67 incisos b), f) y s).

Cita jurisprudencia de este Cuerpo.

Asimismo interpone defensa de prescripción para el pago de los intereses devengados, desde el momento en que debieron abonarse hasta la fecha de su efectivo pago.

Requiere, para el supuesto de que se hiciere lugar a la demanda se deje establecido la procedencia de los aportes al ISSN.

Contesta la demanda, subsidiariamente para el supuesto que no se hiciera lugar a la defensa planteada.

A continuación, efectúa la negativa de rigor.

Manifiesta que en el Decreto 3221/99, contrariamente a lo sostenido por el actor, surge una reubicación y reencasillamiento, toda vez que pasó a desarrollar tareas en el C.P.E. y simultáneamente, una conversión de su categoría de revista, la cual pasó de ser una OSB a una FUD.

Plantea que se encuentra demostrado que el actor fue objeto de una reubicación y simultáneamente recategorización, por lo que resultó correctamente alcanzado por el decreto.

IV.- Corrido el pertinente traslado de la excepción interpuesta (cédula fs. 42) el actor no lo contesta.

V.- Mediante la R. I. 405/12, se aceptó la excusación del Dr. Evaldo Darío Moya y se difirió el tratamiento de la defensa de prescripción para el momento de dictar sentencia (fs. 54/55).

VI.- A fs. 60 sin que exista prueba para producir, en función de lo previsto por el artículo 60 de la Ley 1305, los autos fueron colocados para alegar, sin que ninguna de las partes ejerciera su derecho.

VII.- A fs. 67/73 dictamina el Sr. Fiscal Subrogante quien propicia que se haga lugar a la excepción de prescripción de la acción opuesta por la Provincia de Neuquén y se desestime la demanda por dicha razón.

VIII.- A fs. 76 se llama autos para sentencia; firme y consentido éste, coloca a la causa en estado para el dictado del fallo definitivo.

IX.- Expuestas las posiciones de las partes corresponde abordar, en primer término, el planteo de prescripción efectuado por la demandada (que si bien fue introducido como excepción, fue diferido su tratamiento para esta oportunidad).

En este sentido, la accionada indica que la prescripción de cinco años se encontraba operada cuando se inició la acción procesal administrativa -29/10/09-. Así, enumera conforme los decretos impugnados: 056/99 del 13 de diciembre de 1999, 580 del 14 de abril de 2005 y 1558/09 del 3 de septiembre de 2009 y la fecha de los primeros reclamos administrativos: 19 de diciembre de 2000 (Expte. administrativo 2154-41288); 20 de junio de 2003 (fs. 6 Expte. administrativo 2154-69950/2003), para concluir que a fecha de interposición de la presente, la acción ya había prescripto.

En este orden de ideas, desestima que existan vicios muy graves en el Decreto 056/99 de modo tal de acarrear su inexistencia y por ende la imprescriptibilidad de la acción.

IX.1.- Ahora bien, vale recordar que, de acuerdo a nuestro régimen procedimental, el plazo de prescripción de la acción procesal administrativa, salvo los casos contemplados por leyes especiales, es de: a) cinco años para impugnar

actos nulos, reglamentos, hechos u omisiones administrativas. b) dos años para impugnar actos anulables. Es imprescriptible la acción para impugnar actos inexistentes. (art. 191 de la Ley 1284).

Asimismo, el art. 192 prescribe que "una vez operado el plazo de prescripción de la acción, no podrán ejercerse los medios administrativos de impugnación previstos en este Título".

La "suspensión" está contemplada en el art. 193, estableciendo que "la interposición de un recurso o reclamación administrativa suspende, por una sola vez, el curso de la prescripción durante un año".

Entonces, toda vez que el actor persigue en su demanda la revocación del Decreto 1558/9 y del Decreto 580/5 (por medio de los cuales se rechazó su pedido en sede administrativa) y la declaración de inexistencia del Decreto 056/99 (de forma tal de obtener la "reasignación inmediata y pago de la categoría FUD asignada por Decreto 3221/99, con más las diferencias salariales), es claro que la cuestión se remonta al año 1999 y sólo de estar frente al supuesto de un acto "inexistente", sería posible concluir que la acción –iniciada el 29/10/09- no se encontraba prescripta.

X.- Y, es en este punto donde se advierte la debilidad del argumento de demanda, toda vez que los vicios que el accionante le asigna al Decreto 56/99 no son del catálogo de los "muy graves" que contiene el art. 66 de la Ley 1284, cuya sanción es la inexistencia, sino aquellos contemplados por el art. 67, calificados como "graves" cuya sanción es la nulidad y por lo tanto alcanzados por la prescripción quinquenal antes mencionada.

En efecto, el actor sostiene que el Decreto 56/99 no pudo haber dejado sin efecto la categoría asignada por el Decreto 3221/99, sino que la Administración debería haber iniciado la correspondiente acción de lesividad a tal fin; ello implica que se le está imputando haber desconocido la estabilidad del Decreto 3221/99; vicio fijado en el inc. f) del art. 67 como "vicio grave".

Asimismo, sostiene que el Decreto 56/99 posee el vicio de "incompetencia manifiesta" pues ha dejado sin efecto un acto administrativo de alcance particular regular que se había comenzado a ejecutar y sin iniciar la acción de lesividad. Esta circunstancia también remite al mismo vicio antes mencionado (estabilidad del acto) y, por lo demás no se logra advertir de esa formulación la incompetencia del Órgano que lo emitió.

En rigor, del relato de la demanda e independientemente de las distintas aristas bajo las cuales se lo ha pretendido argumentar, puede reconocerse que el "vicio" imputado al Decreto 56/99 es el "haber desconocido la estabilidad del Decreto 3221/99 que le habría asignado la categoría cuya restitución reclama en esta acción".

Ello, en directa relación con el postulado del inc. d) del artículo 55 de la Ley 1284 que establece como caracteres del acto administrativo regular su "estabilidad", es decir, la prohibición de revocación en sede administrativa de los actos que crean, reconocen o declaran un derecho subjetivo, una vez que han sido notificados al interesado, salvo que se extinga o altere el acto en beneficio del interesado.

Siendo así, entonces, el supuesto encuadra en el art. 67 de la Ley 1284 y, por lo tanto, la acción para impugnarlo prescribe a los cinco años.

Y, nótese que, aún de intentar profundizar en el relato de demanda, no es posible identificar un vicio con entidad como para asumir que se está frente a un acto inexistente.

Se afirma que "a pesar de ser el Gobernador la autoridad máxima de la Administración Provincial, no puede ejercer por ello funciones jurisdiccionales o legislativas"; a partir de allí, realiza una construcción vinculada con el derecho a la estabilidad en el empleo público y propone que su caso respondió a un "ascenso" de conformidad con las normas estatutarias, situación que el Poder Ejecutivo no podría haber revocado (art. 84 de la Ley 1284); o que la "retrogradación" sin motivación ni sumario administrativo está prohibida.

Pero, francamente no logra advertirse de todo ello que emerja algún vicio con la suficiente autonomía y fuerza como para poder encuadrar la situación en algunos de los vicios enumerados en el art. 66 de la Ley 1284. A todo evento, siguiendo la propuesta del accionante, lo argumentado podría recibir anclaje en el supuesto del inc. b) del art. 67 – "incumpla deberes impuestos por normas constitucionales, legales o sentencias judiciales firmes", lo que –de ser así- también sería pasible de nulidad y no de inexistencia.

Por lo demás, en ese contexto, si bien se cita jurisprudencia de este Cuerpo en torno a los "actos inexistentes" lo cierto es que, luego, no se logra concretar la configuración de un vicio "muy grave" que encuadre en tal esquema.

Y, en este punto, no puede dejar de repararse que, de acuerdo al artículo 65 de la Ley 1284, ante la duda sobre la importancia y calificación del vicio que afecta al acto administrativo debe estarse siempre a la calificación más favorable para la conservación y validez del acto, con lo cual tampoco habría modo de seguir un recorrido distinto al efectuado.

En este orden de ideas, considerando la fecha a la que se remontan los sucesos: el Decreto 056/99 se dictó el 13/12/99 y por éste se habría dejado sin efecto el Decreto 3221/99 (que lo reubicó y reencasilló en la categoría FUD), todolleva a colegir que la acción tendiente a su descalificación se encuentra prescripta.

En efecto, el accionante fue notificado de la medida que denuncia como causante de su agravio con fecha 28/12/1999 (cfr. fs. 11 del expediente 2400-42769/2003); con fecha 19 de diciembre de 2000 solicitó, conforme lo indica en la demanda, que se haga efectivo el Decreto 3221/99 (Expte. 2154-41288) pero fue denegado.

El primer reclamo administrativo formal interpuesto fue realizado el 20 de junio de 2003, ante el Ministerio de Acción Social, que fue rechazado mediante la Disposición 663/03 del 8 de octubre de 2003 de la Subsecretaría de Acción Social (fs. 6 y 11 del Expte. 2400-42769/03).

Contra esa disposición el accionante dedujo un recurso que fue desestimado a través de la Resolución 399/04 del 4 de octubre de 2004 del mismo Ministerio (fs. 1 y 19/20 del Expte. 3400-208).

Más tarde interpuso una nueva reclamación administrativa contra la última resolución que fue rechazada mediante el Decreto 580/05, del 14 de abril de 2005, notificado el 18 de abril de ese año.

Inició una nueva reclamación contra ese decreto que fue rechazada con el Decreto 1558/09 del 3 de septiembre de 2009, notificado el 16 de septiembre de 2009 (fs. 1/2 y 18/21 Expte. 4100-010503/09).

XI.- En definitiva, tomando como fecha de partida el mes de diciembre de 1999 y considerando que las tachas que se efectúan al acto reciben encuadre en los términos del art. 67 de la Ley 1284 (cuya sanción es la nulidad y el término para impugnarlos es de cinco años); que la interposición de reclamos o recursos suspende por una sola vez el curso de la prescripción y por el término de un año, es claro que, a la fecha de promoción de la demanda (29/10/09) -habiendo transcurrido prácticamente diez años-, había operado la prescripción de la acción de conformidad con lo establecido por el art. 191 de la Ley 1294.

XII.- Por todo lo dicho, corresponde hacer lugar a la defensa de prescripción opuesta por la demandada y rechazar la demanda instaurada, con imposición de costas al actor vencido (art. 68 CPCyC). ASI VOTO.

El Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: adhiero a la postura sustentada por el Señor Vocal que me precede en el orden de votación, por lo que emito mi voto en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Rechazar la demanda iniciada por RAMON MARTIN FARIAS contra la PROVINCIA DE NEUQUÉN. 2°) Las costas serán soportadas por el actor vencido (artículo 68 CPCyC). Diferir la regulación de honorarios de los profesionales actuantes hasta tanto se cuente con pautas para ello. 3°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el Acto, que previa lectura y ratificación, firman los Magistrados presentes por ante la Actuaría que certifica.

DR. RICARDO TOMAS KOHON - DR. OSCAR E. MASSEI

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"CABEZA MECKERT JULIA ALEJANDRINA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1006/2004) – Acuerdo: 91/15 – Fecha: 23/11/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

REMUNERACIONES. ADICIONAL POR DEDICACION EXCLUSIVA. BONIFICACION POR TIEMPO PLENO.

1.- Corresponde condenar a la demandada a abonar a la actora la bonificación por "tiempo pleno" desde que fuera limitada -23/07/2001- y hasta el momento de su cese por haberse acogido al beneficio de la jubilación ordinaria -01/07/2009-, debiéndose efectuar sobre dichas sumas las correspondientes retenciones y aportes asistenciales y provisionales; se adicionarán intereses desde que cada suma debió haber sido pagada y hasta el 01/01/2008 a la tasa promedio entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia del Neuquén y, a partir de la fecha señalada hasta su efectivo pago, la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco; con costas a la demandada.

2.- De las constancias adjuntadas a la causa, no surge acreditada la razón por la cual se le denegó el pago de la bonificación por tiempo pleno –al momento de reintegrarse la de dedicación exclusiva-, bajo la aplicación del Decreto 1589/93. Primero se limitaron ambos adicionales; luego, el acto administrativo que aquí se impugna –que restableció solo la bonificación por dedicación exclusiva- y rechazó la de tiempo pleno se funda en un acta de Junta Médica en el que, si bien indica horario laboral completo, parece haber adecuado las tareas que la accionante prestaba (no guardias; solo consultorios externos y centros periféricos y actividad docente). Es decir, no hay dudas que el horario que la actora debía cumplir era el de la jornada completa (tanto así, que se estimó innecesario realizar una nueva junta médica), la cuestión radica en establecer si la adecuación de tareas -que evidentemente cumplió, pues de las testimoniales surge la actividad desarrollada en centros de salud y docente- justificaba la limitación del adicional por tiempo pleno. Y es aquí donde no logra justificarse la decisión de la Administración, toda vez que no surge acreditado de las constancias de la causa que, efectivamente, la adecuación de tareas haya implicado una reducción horaria. Entonces, de cara a los argumentos contenidos en el responde de la demandada y la prueba reunida, no hay modo de convalidar la decisión plasmada en el Decreto 2223/3.

Texto completo:

ACUERDO N° 91. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintitrés días del mes de noviembre de dos mil quince se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia

integrada por los Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la Secretaria titular de la Secretaría de Demandas Originarias Dra. Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "CABEZA MECKERT JULIA ALEJANDRINA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" Expte. N° 1006/2004, en trámite por ante la mencionada Sala y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- Que a fs. 5/6 se presenta la Sra. Julia Alejandrina Cabeza Meckert, mediante apoderado, e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén.

Solicita se condene a la accionada a restituirle la bonificación por tiempo pleno que percibía hasta el 23 de julio de 2001, con sus intereses hasta su efectivo pago y las costas del juicio.

Explica que se desempeñaba como empleada de la demandada, dependiente de la Subsecretaría de Salud y desarrollaba tareas en el Hospital de San Martín de los Andes.

Manifiesta que cumplió en forma correcta con las tareas encomendadas y recibió la compensación que le correspondía legalmente, hasta el 23 de julio de 2001 cuando dice que, sin justificativo, le limitaron las bonificaciones por tiempo pleno y dedicación exclusiva.

Informa que, luego, le devolvieron la bonificación por dedicación exclusiva, como consecuencia de un informe del Director del Hospital de San Martín de los Andes y la reclamación interpuesta contra la Resolución 1175 del Ministerio de Desarrollo Social.

Señala que, en el Decreto 2223/03, la Administración menciona que no corresponde la bonificación por tiempo pleno, a tenor de lo establecido en el Decreto 1589/93 al indicar que los agentes que tienen una reducción horaria no percibirán tal bonificación.

Sin embargo, también allí se considera que, la Junta médica dictaminó que le correspondía "tener un régimen de adecuación permanente de tareas con horario laboral completo".

En consecuencia, sostiene que el acto atacado padece los vicios establecidos en el art. 67 incs. a), b), c), s) y ccs. de la Ley 1284, debiendo declarárselo nulo con las consecuencias establecidas en esa normativa.

Funda en derecho, ofrece prueba y solicita se haga lugar a la demanda, con costas.

II.- A fs. 28/29, mediante Resolución Interlocutoria 236/10, se declaró la admisión de la acción.

La accionante optó por el proceso ordinario y ofreció prueba.

III.- A fs. 41/44, se presentó la Provincia del Neuquén, por apoderado, con el patrocinio letrado del Sr. Fiscal de Estado y contestó la demanda. Efectúa la negativa general de los hechos.

Analiza los antecedentes y actos administrativos atacados.

Menciona lo dispuesto por el art. 7° Punto 1, inciso A de la Ley 2265, respecto a la bonificación de tiempo pleno y afirma que Junta Médica efectuada a la actora el 25/04/00 indicó que debía tener un régimen de adecuación permanente de tareas en horario laboral completo, debiendo continuar con los consultorios externos en centros periféricos y con la actividad docente en las escuelas, por lo que se limitó su actividad en cuanto a la realización de las guardias.

Dice que la Junta Médica propició un cambio de funciones y aconsejó que la Sra. Cabeza no realice actividades hospitalarias quirúrgicas, obstétricas y guardias activas o pasivas, ni el horario acordado en el régimen de tiempo que revestía.

Informa que la actora no ataca el Decreto 1589/93, por el contrario, lo utiliza para fundar la acción procesal.

Alude a lo establecido en el artículo 1, al indicar que los agentes que se encuentren con adecuación de tareas que determine una reducción horaria no podrán percibir bonificaciones por "Prolongación de jornada, mayor horario y tiempo pleno", no invalidando en este último caso, la percepción de la bonificación por dedicación exclusiva (art. 7 inciso 1-B de la Ley 1878).

Expresa que el decreto que se impugna hizo lugar parcialmente al reclamo, devolviendo la bonificación por dedicación exclusiva, la que ya fue abonada con sus intereses y rechazó el reclamo por la bonificación por tiempo pleno, toda vez que dicha bonificación es en razón de la mayor carga horaria.

Destaca que la facultad de otorgar bonificaciones es exclusiva del Poder Ejecutivo a propuesta del Ministerio (art. 40 de la Ley 2265) y es la propia ley, la que determina los requisitos y limitaciones para acceder a una bonificación.
Cita jurisprudencia; solicita se rechace la acción procesal administrativa por ser improcedente el pago del adicional por tiempo pleno.
Se opone a la prueba testimonial. Ofrece prueba.
IV.- A fs. 54 se abrió la causa a prueba.
A fs. 164, se clausuró el período probatorio, se ordenó que se agreguen los cuadernos y se pusieron los autos para alegar.
V.- A fs. 167/170 se expide el señor Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia se haga lugar a la demanda.
VI.- A fs. 171 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme y consentida, coloca a los presentes en condiciones de resolver.
VII.- Como se dijo, la actora persigue la revocación del Decreto 2223/03 y como consecuencia de ello, que se le restituya el pago de la bonificación por "tiempo pleno".
Señalaba en su demanda que, a partir del 23/07/01, se limitaron, sin justificativo alguno, las bonificaciones por "dedicación exclusiva" y "tiempo pleno" a partir de un informe del Director del Hospital de San Martín de los Andes; que, recurrida la resolución 1175 del Ministerio de Desarrollo Social, se le reconoció la devolución de la bonificación "tiempo pleno" (en rigor fue la de "dedicación exclusiva"), y no se le reconoció la devolución del adicional que motivó la causa.
Desestimó la aplicación del Decreto 1589/93 que establece que los agentes que se encuentren con adecuación de tareas que importen una reducción horaria no percibirán la bonificación, pues afirmaba que del mismo Decreto 2223/3 surgía que la junta médica realizada disponía que tenía un régimen de adecuación de tareas con horario laboral completo.
Ese es todo el argumento de demanda.
VII.1.- Ahora bien, el Ministerio de Desarrollo Social, mediante la Resolución 1175/01 limitó las bonificaciones que percibía en concepto de "tiempo pleno" y "dedicación exclusiva" -convalidado mediante el Decreto 2372/01-
La actora impugnó dicho acto y, como consecuencia de ello, mediante el Decreto 2223/03 (fs. 1, aquél cuya revocación persigue en esta causa) se hizo lugar parcialmente al reclamo administrativo; se ordenó la continuidad del pago de la bonificación por dedicación exclusiva –con reconocimiento retroactivo al momento de su limitación- y se rechazó la pretensión por tiempo pleno.
En los considerandos de ese acto, se refiere al acta de junta médica de fecha 25/04/00 celebrada en la Subsecretaría de Salud, en el que se había dictaminado que la actora debía tener un régimen de adecuación permanente de tareas, con horario laboral completo, debiendo continuar con los consultorios externos en Centros Periféricos y con la actividad docente en escuelas promotoras y grupos de violencia familiar; que asimismo, limitó la actividad de la galena en cuanto a la realización de las guardias.
Luego de fundar las razones por las cuales cabía reconocer la bonificación por dedicación exclusiva, expresa "resulta de singular importancia a los fines de resolver la presente reclamación lo dispuesto mediante Decreto 1589/93 que establece claramente: Artículo 1° Los agentes que se encuentren con adecuación de tareas que determine reducción horaria, no podrán percibir bonificaciones por prolongación de jornada, mayor horario o tiempo pleno, no invalidando en este último caso, la bonificación por dedicación exclusiva (art. 7, inc. 1, B de la Ley 1878)….que párrafo aparte merece la procedencia del reclamo respecto de la bonificación por tiempo pleno que la reclamante dejara de percibir, toda vez que dicha bonificación es abonada en razón de la mayor carga horaria de aquellos agentes que la perciben; que de las constancias de autos surge que la galena no realiza el régimen horario que exige la Ley de Remuneraciones para percibir la bonificación por tiempo pleno…"
VII.2.- En el mismo sentido se expidió en autos la demandada, afirmando que la bonificación solicitada (art. 7 punto 1 inc. A de la Ley 2265, tiempo dedicado a la función) está establecida para aquellos profesionales universitarios categoría OSO y menores, quienes además de las remuneraciones comunes a su categoría, perciben una bonificación

que se corresponde por una prestación laboral de 40 hs. semanales distribuidas en 5 días con 7 horas quince minutos en horario discontinuo y un día de tres horas cuarenta y cinco minutos.

Por ello, en este caso, en razón de la Junta Médica de fecha 25/04/00 –régimen de adecuación permanente de tareas con horario laboral completo, que propició cambio de funciones, y no pudiendo cumplir con el horario acordado en el régimen de tiempo que reviste la agente- se concluye en que no correspondía percibir tal bonificación.

Y ya advertía en su responde que no cabía revocar el Decreto 2223 en su totalidad (como pidió la actora) pues éste precisamente le reconoció el derecho a percibir la bonificación por "dedicación exclusiva".

VIII.- Ahora bien, en la causa se rindió prueba testimonial:

El Sr. Fernando Gustavo Sellari respecto al régimen horario laboral de la actora indicó:

"[la actora] "es medica tocoginecologa del hospital Dr. Ramón Carrillo de la Ciudad de San Martin de los Andes"; [en qué lugares desarrollaba su actividad] "en los centros de salud del Barrio El Arenal, del Barrio Tiro Federal y el del barrio Vamep 36 viviendas" [qué régimen horario cumplía] "el régimen que cumplo yo de 40 horas semanales dedicación exclusiva con retención de titulo y tiempo pleno, hasta hace un tiempo atrás, ahora el tiempo pleno esta incluido dentro de la dedicación exclusiva" [cuáles eran las actividades concretas] "en los centros de salud hacia la atención de los pacientes de su especialidad y fuera de los centros de salud, en las escuelas públicas y en instituciones radiales y en juntas vecinales, realizaba talleres y reuniones respecto de temas que tienen que ver con educación sexual, atención primaria de salud, violencia…" [durante cuánto tiempo realizó dichas actividades] "yo a ella la conozco desde el año 1999 que fue cuando comencé a trabajar en el hospital, y la he visto desarrollar esas actividades desde esa fecha, ya que yo trabajo en los distintos centros de salud de la localidad según la necesidad de mi servicio, hasta el día que se jubilo" (fs. 85).

La testigo Sra. María Rosa Sofía Fularska:

"… [la actora] es tocoginecóloga y desarrollaba la especialidad en centros periféricos a partir del año 2000, antes lo hacía en el hospital y además tareas relacionadas con charlas a la comunidad y en las escuelas…, radios" [en qué lugar desarrollaba su actividad profesional "centro periférico Tiro Federal, Vaemp y el Arenal, centro de jubilados, centro vecinal de Barrio Buenos Aires chico, parque sur entre otros..." [qué régimen horario cumplía para desarrollar dichas actividades] "se cumplían ocho horas diarias, esto variaba de acuerdo al centro periférico en el que trabajaba o en el horario del establecimiento educativo en el que daba la charla. De todas maneras el horario era generalmente de 8.30 a 12.30 y de 14 a 18 horas de lunes a viernes, aunque algunas charlas era fin de semana fuera del horario antes mencionado"; [tiempo que desarrolló su actividad profesional con el régimen horario] "…desde el año 2000, porque anteriormente realizaba guardias y otras actividades, pero desde el 2000/01 estaba con ese régimen, hasta que se jubiló..." (fs. 84).

La testigo Sra. Laura Cristina Gales, a las mismas preguntas:

"…En el Centro de Salud El Arenal, Vamep, Tiro Federal, en escuelas con educación para la salud, juntas vecinales, programa de análisis de mortalidad materno infantil, radios"; "de ocho horas. Los horarios de los demás centros de salud son también de ocho horas"; [cuanto tiempo cumplió el régimen de 8 horas diarias de labor]"…Desde que yo entré al Hospital que fue en el año 1993, hasta que se jubiló…" (fs. 86).

Por su parte, de las constancias administrativas aportadas surge que:

- Con fecha 20/02/07, la actora se dirigió al Director del Hospital y solicitó "que gestione el pago del tiempo pleno en la remuneración que percibo. Dicho pedido se fundamenta en el hecho que cumplo con los requisitos de dicho concepto". Por ello, el 08/03/07, el Director del Hospital solicitó al Jefe de la Zona Sanitaria IV que gestione ante la Dirección General de Personal y Sueldos de la Subsecretaría de Salud el pago de la bonificación por tiempo pleno a la actora "dado que la misma cumple con los requisitos del EPECAPP para su cobro" (Expte. administrativo 120-77023/07, fs. 97).

Más tarde, la Dirección de Desarrollo de Recursos Humanos, con fecha 20/03/07 solicitó a la Dirección General de Asuntos Jurídicos su intervención respecto a la agente, en punto a la aplicación del Decreto 2223/03 donde se establece continuar abonando la bonificación por dedicación exclusiva pero no la de tiempo pleno.

Esa Dirección entendía que según la Ley de Remuneraciones en su artículo 7 ésta bonificación "sólo puede ser otorgada si se percibe el tiempo pleno" (fs. 126).

En respuesta a ello, la Dirección de Asuntos Jurídicos aclaró que la baja de la bonificación por tiempo pleno se basó en la aplicación del Decreto 1589/93 creando en este caso una independencia en la percepción de la bonificación mencionada respecto a la de dedicación exclusiva. Agregó que de continuarse las causales de la aplicación del decreto mencionado (adecuación de tareas con reducción horaria) la agente se encuadrará en este particular caso de percepción de bonificación por dedicación exclusiva sin tiempo pleno.

Luego la Dirección de Desarrollo de Recursos Humanos (fs. 128) solicitó a la Dirección General de Personal y Sueldos la confección de la norma legal que otorgue la bonificación por tiempo pleno a partir del 01/02/07 dado que la agente Cabezas Meckert se encuentra trabajando sin reducción horaria.

A fs. 132 obra anteproyecto de Decreto a fin de asignar a partir de su emisión al Puesto de Médico Tocoginecólogo de la Planta funcional del Hospital San Martín de los Andes, la bonificación de la carrera sanitaria por Tiempo Pleno y dedicación exclusiva, de acuerdo a lo establecido en el art. 7° punto 1, incs. A y B de la Ley 2265, asignándole a la actora dicho puesto con más las bonificaciones mencionadas.

Desde la Dirección de Control de Gestión y RR.HH Provincial se requirió al Director de Personal, (para proseguir con el trámite de asignación de la bonificación por tiempo pleno) el alta de Junta médica que la autoriza a cumplir 100% del horario que corresponde a tiempo pleno. Se aclaró que, este requerimiento se realizaba en virtud de que la agente Cabeza Meckert tiene horario reducido determinado por Junta médica desde mediados del año 2001 (fs. 138).

Continuando con el trámite, la Dirección de Salud Ocupacional de la Subsecretaría de Salud informó que:

"1.- No existe razón médica alguna que amerite la conformación de Junta médica para evaluar el estado de salud de la agente;

2.- Desde Julio de 1999, la agente de marras se encuentra con indicación de HORARIO LABORAL COMPLETO;

3.- No existe desde esta Dirección de Salud Ocupacional indicación de reducción horaria posterior a dicha fecha;

4.- Iguales registros existen en el Hospital de San Martín de los Andes" (fs. 140).

A fs. 142 desde la Dirección de Control de Gestión y RRHH, se informa que no existen observaciones que formular al anteproyecto de decreto.

Y, elevadas las actuaciones al Sr. Ministro de Salud y Seguridad Social, éste ordena el pase al Departamento de Mesa de Entradas y Salidas del Ministerio, para su archivo.

Acto seguido, obra nuevo proyecto de Decreto (en expediente 3420-92159/2007) elevado desde la Subsecretaría de Salud a la Subsecretaría de Hacienda con fecha 28/01/08, para asignar al Puesto de médico tocoginecólogo de la Planta Funcional de San Martín de los Andes, lo establecido en el art. 2 punto E-1 agrupamiento profesional inc. a) de la Ley 2562, y asignar a la actora dicho puesto.

Este pasó a la Dirección Provincial de Ocupación y Salarios del sector público con fecha 31/1/08.

Continúan copias del Expediente 3420-92159/07 (a instancias del pronto despacho del mes de noviembre de la actora en relación con el pedido de febrero del año 2007).

Allí, a fs. 156, desde el Ministerio se gestiona la elaboración de la norma legal que le otorgue la bonificación a partir de su notificación a la actora.

Y elevado a la Subsecretaría de Hacienda (fs.157 la Directora de Rel., Ocupación y Salarios del Sector Público, con fecha marzo de 2008, dictaminó que:

"1. El presente trámite viene a corregir la Planta Funcional en virtud de que la agente se encuentra percibiendo la bonificación por dedicación exclusiva desde el año 2006; 2. En la Planta Funcional aprobada por Decreto 2087/03 la solicitante fue encasillada en el Puesto médico Tocoginecológico Código M1T, secuencia 001; 3. La Bonificación por tiempo pleno está incluida en la carga horaria y en la asignación del salario básico".

De allí volvió sin observaciones.

Luego, obran otros informes que, en línea con los de fs. 59/60, comunican que la actora fue dada de baja por renuncia para acogerse al beneficio de la jubilación ordinaria a partir del 1 de julio de 2009. En la resolución por la cual se le da de baja, figura como "Médica Tocoginecóloga del Hospital San Martín de los Andes".

Asimismo, en el informe de fs. 73 expedido por la Directora de Sueldos de la Subsecretaría de Salud, de fecha 09/03/12, surge que la actora "no registra antecedentes de cobros extraordinarios. Bonificación P40-ítem 1120-Dedicación Exclusiva.

Y, en el informe de la Directora de Personal de fs. 74, de fecha 21/03/11, se expresa que la actora prestaba servicios de médica tocoginecóloga en el Hospital de San Martín de los Andes y Centros de Salud dependientes del mismo con un régimen laboral de 40 hs. Semanales de 8 a 16 hs.

IX.- Como puede verse entonces, de las actuaciones administrativas –profusas y desordenadas- adjuntadas a la causa, no surge acreditada la razón por la cual se le denegó el pago de la bonificación por tiempo pleno –al momento de reintegrarse la de dedicación exclusiva-, bajo la aplicación del Decreto 1589/93 (independencia de las bonificaciones, dedicación exclusiva y tiempo pleno en el supuesto que la agente estuviera bajo adecuación de tareas con reducción horaria).

Primero se limitaron ambos adicionales; luego, el acto administrativo que aquí se impugna –que restableció solo la bonificación por dedicación exclusiva- y rechazó la de tiempo pleno se funda en un acta de Junta Médica en el que, si bien indica horario laboral completo, parece haber adecuado las tareas que la accionante prestaba (no guardias; solo consultorios externos y centros periféricos y actividad docente).

Es decir, no hay dudas que el horario que la actora debía cumplir era el de la jornada completa (tanto así, que se estimó innecesario realizar una nueva junta médica), la cuestión radica en establecer si la adecuación de tareas -que evidentemente cumplió, pues de las testimoniales surge la actividad desarrollada en centros de salud y docente- justificaba la limitación del adicional por tiempo pleno.

Y es aquí donde no logra justificarse la decisión de la Administración, toda vez que no surge acreditado de las constancias de la causa que, efectivamente, la adecuación de tareas haya implicado una reducción horaria.

Por lo demás, considerando que la cuestión se remonta al año 2001, que la demanda fue interpuesta en el año 2004, y que las constancias de las actuaciones administrativas antes mencionadas datan, en su mayoría, del año 2007/2008 (ante el pedido de la actora al Director del Hospital que gestionara el pago de la bonificación por cumplir con los requisitos) queda claro que, al menos hasta esa fecha, la bonificación no fue otorgada, pues no fue adjuntado a la causa el acto administrativo que recogiera las propuestas efectuadas a modo de "anteproyecto", sea bajo la Ley 2265, sea bajo la posterior Ley 2562.

En este escenario, no deja de advertirse que la laguna temporal existente entre el año 2003 –fecha del acto impugnado- y el año 2007 –pedido de la actora de que se gestione el pago- impide conocer si la situación sufrió alguna modificación; luego, tampoco pasa desapercibido que según surge de la testimonial de fs. 85 y del informe de fs. 157, expedido en el año 2008 "la bonificación por tiempo pleno está incluida en la carga horaria y en la asignación del salario básico".

Pero, en el estado de situación en que han quedado las actuaciones judiciales (las partes tampoco alegaron sobre el mérito de la prueba reunida), lo cierto es que el fundamento dado al acto para rechazar el pago de la bonificación reclamada no tuvo correspondencia con la situación de hecho prevista en el Decreto 1589/93 (reducción horaria) y tampoco ha sido acreditado que la "adecuación de tareas" cumplida, justificaba una detracción de la bonificación suprimida.

Entonces, de cara a los argumentos contenidos en el responde de la demandada y la prueba reunida, no hay modo de convalidar la decisión plasmada en el Decreto 2223/3.

En función de ello, corresponderá hacer lugar a la demanda en lo que respecta al pago a la actora de la bonificación por tiempo pleno desde que fuera suprimida y hasta que se acogió al beneficio de la jubilación ordinaria (julio del año 2009), con más los intereses correspondientes desde cada suma debió ser abonada. En su caso, de haber existido

alguna modificación, al momento de practicarse la correspondiente liquidación, la demandada deberá acreditar que ésta fue incorporada a la remuneración en forma previa a dicha fecha.

X.- Por las consideraciones vertidas, entonces, corresponde declarar la nulidad parcial del Decreto 2223/3 y reconocer a la actora la percepción del "adicional por tiempo pleno" en el período comprendido entre el 23/07/01 hasta 01/07/09 en que fue dada de baja para acogerse al beneficio de la jubilación ordinaria, con la prevención señalada en el considerando anterior.

Sobre las sumas determinadas se adicionarán intereses, desde que cada una es debida y hasta el 01/01/2008 a la tasa promedio entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia del Neuquén y, a partir de la fecha señalada hasta su efectivo pago (dado el carácter alimentario del crédito) a la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco (cfr. criterio establecido en Acuerdo 1590/09 "Alocilla", entre otros).

Asimismo, sobre las sumas adeudadas deberán efectuarse los aportes y las retenciones pertinentes en concepto de contribuciones asistenciales y previsionales que correspondan.

Las costas serán soportadas por la demandada en su calidad de vencida (art. 68 del C.P.C. y C.) y la regulación de honorarios será diferida hasta tanto se cuente con pautas a tal efecto. ASÍ VOTO.

El Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: Adhiero a la postura sustentada por el Señor Vocal Dr. Kohon, por lo que voto del mismo modo. TAL MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Hacer lugar a la demanda incoada por la señora JULIA ALEJANDRINA CABEZA MECKERT contra la PROVINCIA DEL NEUQUEN. 2°) En consecuencia, condenar a la demandada a abonar a la actora la bonificación por "tiempo pleno" desde que fuera limitada -23/07/2001- y hasta el momento de su cese por haberse acogido al beneficio de la jubilación ordinaria -01/07/2009-, debiéndose efectuar sobre dichas sumas las correspondientes retenciones y aportes asistenciales y previsionales. La liquidación se deberá efectuar en la etapa de ejecución de sentencia y se adicionarán intereses desde que cada suma debió haber sido pagada y hasta el 01/01/2008 a la tasa promedio entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia del Neuquén y, a partir de la fecha señalada hasta su efectivo pago, la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco. 3°) Imponer las costas a la demandada en su calidad de vencida (art. 68 del C.P.C. y C.) y diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas a tal efecto. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el Acto, que previa lectura y ratificación, firman los Magistrados presentes por ante la Actuaría que certifica.

Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ – Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"BARRIENTOS MARIANO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1994/2007) – Acuerdo: 95/15 – Fecha: 30/11/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

HIGIENE Y SEGURIDAD DEL TRABAJO. TRABAJO RIESGOSO. REMUNERACIONES. PLUS REMUNERATIVO.

Corresponde el rechazo de la demanda donde se requirió el pago del suplemento por tareas riesgosas fijado en el artículo 49, Anexo II de la Ordenanza 7694/96. El otorgamiento del suplemento depende, en cada caso, de si se cumplen los recaudos establecidos en la norma (tareas que impliquen riesgos psicofísicos en forma permanente y exclusiva; que los mismos no puedan evitarse con medidas de seguridad, y que ese carácter haya sido determinado por el Órgano Ejecutivo previa intervención de la Dirección de Medicina Laboral, Seguridad e Higiene Laboral) y en la causa se realizó el mismo recorrido de análisis que hizo la Administración para negar la bonificación, y no es posible arribar a una solución distinta a la extraída por la propia Administración.

Texto completo:

ACUERDO N° 95. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los días treinta del mes de noviembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "BARRIENTOS MARIANO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 1994/07, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- Que a fs. 1/7 se presenta el señor Mariano Barrientos, por derecho propio, con patrocinio letrado, e inicia acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Neuquén. Solicita que se le abone lo establecido por el art. 49 Anexo II de la Ordenanza 7694/96, o sea un suplemento equivalente al 25% del sueldo básico de su categoría, desde el 3 de mayo de 2005 –fecha en que comenzó a prestar servicios en el Área del Basurero Municipal, Sector Cantera- en adelante (o hasta que deje de prestar servicios en tal sector). Ello, con más los intereses devengados, gastos y costas del juicio.

Manifiesta que ingresó a trabajar para el Municipio el 1 de octubre de 1991 y que, con fecha 03/05/05, fue trasladado al Área del Basurero Municipal, Sector Cantera, con la función de realizar el control en la descarga de los camiones y los contenedores de basura que se depositan en el lugar.

Afirma que, pese a que las labores que desarrolla constituyen un claro ejemplo de "Tareas riesgosas y/o peligrosas" y que sus compañeros lo percibían, a él nunca se le abonó tal suplemento.

Transcribe el art. 49 Anexo II de la Ordenanza 7694/96.

Informa que presentó un reclamo administrativo donde describió las características de las tareas y justificó el pago pretendido, pero no fue respondido, como tampoco los respectivos "pronto despacho".

Sostiene que se privó de recibir el pago desde su traslado y tal ganancia, oportunamente será calculada mediante la designación de un perito contador.

Ofrece prueba. Efectúa reserva del caso federal.

II.- A fs. 19, mediante Resolución Interlocutoria 6021/07, se declaró la admisión de la acción y a fs. 23 el accionante optó por el proceso ordinario.

III.- A fs. 29 la Fiscalía de Estado tomó la intervención prevista en la Ley 1575.

IV.- A fs. 45/52, se presenta la Municipalidad de Neuquén, mediante apoderado con patrocinio letrado y contesta la demanda. Peticiona su rechazo. Efectúa la negativa de rigor.

Alude a las disposiciones del artículo 49 Anexo II de la Ordenanza 7694/96 y, en virtud de ello, indica que sólo se otorga la categoría de riesgosa o peligrosa a las tareas que "objetivamente" lo son y ese riesgo no debe ser previsible con medidas de seguridad factibles de ser aplicadas.

En función de ello, afirma que las tareas desempeñadas por el actor no son naturalmente riesgosas. Manifiesta que el régimen es de excepción y su interpretación debe ser restrictiva.

Trae a colación el informe elaborado por la Ingeniera Química con fecha 19/07/01 en punto a los riesgos y tareas peligrosas y dice que no surge de la demanda cuales son las tareas supuestamente "riesgosas" que realiza el accionante, tampoco describe de qué forma aparece el daño, menos que la tarea encuadre en la Ordenanza citada. Expresa que deben aparecer dos requisitos: "permanencia y exclusividad de acciones".

Resalta que la actividad que cumple el Sr. Barrientos no es riesgosa; tampoco la realiza en forma permanente y con exclusividad de acciones (en contacto con basura) que impliquen un riesgo para su integridad psicofísica y/o que dicho riesgo no sea previsible con medidas de seguridad factibles de ser aplicadas.

Destaca que el Sr. Barrientos cumple funciones de vigilancia y control en la ex Cantera Municipal, esto es, zona de Alta Barda, donde sólo se tiran materiales inertes, como escombros y ni siquiera esa actividad la realiza él, sino que la efectúa una persona con una máquina del Ejército, que en definitiva es la única que tiene contacto con los escombros.

Expresa que las funciones consideradas como riesgosas deben ser determinadas por el Órgano Ejecutivo, previa intervención del área de Medicina Laboral e Higiene y Seguridad Laboral.

Explica que mediante el Decreto 1522/96 se establecen las tareas involucradas (artículo 49): zoonosis, bacheo y afines, herrería, semáforos, carpintería, buceo y desmalezamiento área urbana; y mediante el Decreto 884/98 se consideró a los agentes municipales que cumplen diariamente sus tareas en la Dirección de Cementerios.

Alude a las competencias del Estado municipal para otorgar el plus contemplado en el artículo 49 del Anexo II de la Ordenanza citada en un marco de legalidad.

En el caso, dice que no se manifiesta que la labor que cumplía el actor alcance las características descriptas en el artículo, toda vez que se describe como si trabajara en CLIBA, pero en realidad, vigila en un predio donde se descargan escombros.

Ofrece prueba.

V.- A fs. 57 se abre la causa a prueba y se clausura el período probatorio a fs. 248.

VI.- A fs. 255/258, se expide el señor Fiscal del Cuerpo, quien propicia que se rechace la demanda.

VII.- A fs. 260 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme y consentida, coloca a los presentes en condiciones de resolver.

VIII.- Expuestas las posiciones de las partes, la materia en debate gira en torno al pago del suplemento por tareas riesgosas fijado en el artículo 49, Anexo II de la Ordenanza 7694/96.

Entonces, la cuestión debe abordarse desde la previsión normativa de la bonificación reclamada, para luego determinar si las tareas desarrolladas por el actor encuadran en el supuesto de hecho contemplado para su procedencia.

En esta línea, el art. 49 del Anexo II, dispone:

"Los agentes que desempeñen funciones cuya naturaleza requiera la realización, en forma permanente y con exclusividad, de acciones o tareas que impliquen un riesgo para la integridad psicofísica, y dicho riesgo no sea previsible con medidas de seguridad factibles de ser aplicadas, podrán percibir un suplemento que será equivalente al veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico de la categoría de revista. Estas funciones serán determinadas por el Órgano Ejecutivo, previa intervención del Área de Medicina Laboral e Higiene y Seguridad Laboral, la que podrá recabar información y asesoramiento de organizaciones reconocidas en la materia."

El Decreto 1522/96 reglamentó el art. 49, aludiendo al informe que debe producir la Dirección de Medicina Laboral. Debe tenerse presente que las tareas desarrolladas por el actor, se efectúan en el Área del Basurero Municipal, sector Cantera y como se dijo, ese sector que no se encuentra incluido en la categoría de "tareas riesgosas" según el mencionado Decreto.

IX.- De la "Evaluación de riesgo" efectuada en sede administrativa respecto al puesto de control de descarga de relleno en la barda, ocupado por el Sr. Barrientos, surge que la División de Higiene y Seguridad elevó a la Dirección de

Medicina Laboral Municipal su resultado: el riesgo es poco significativo; los controles son suficientes. Se debe dar prioridad, en este caso, a la provisión de agua para consumo, sanitario, ropa y elementos de protección personal (fs. 104/108).

A fs. 109 se agrega un informe actualizado (14/04/08) respecto al realizado con fecha 02/02/07 sobre las actividades del actor y se indica que:

"…su ubicación física de trabajo actual es una casilla ubicada en la excantera municipal, sector en recuperación con relleno de escombros y material inerte; la tarea que efectúa es control de entrada y salida de camiones; identificación de residuos y determinación de su disposición final (si son restos de material o escombros, se depositan en el sitio, si son domiciliarios se envían al C.D.F.R.S.); el horario de trabajo es de 7 a 14 hs."

El actor cuestiona dicha respuesta en cuanto dice que es el único operario que realiza las tareas; sostiene que el Sr. Carlos Valdemar Barros cumplía con él la misma función hasta principios del mes de diciembre y fue cambiado de su cargo por su salud, al no poder soportar las inclemencias de trabajo en la ex Cantera. Agrega que los chóferes y el personal que pertenecen a la Dirección de Limpieza y Espacios Públicos, que descargan el material de relleno en la ex Cantera municipal, perciben el 25% por tarea insalubre (fs. 115).

Oportunamente se solicitó un nuevo informe que fue cuestionado por la demandada (fs. 122) y resuelto mediante la R.I. 6633/09, ordenándose el libramiento de un nuevo oficio (fs. 180/182) que reitera que, desde el 16 de febrero de 2007 es el único agente que trabaja en el sector de la ex Cantera (204/206).

Por su parte, la Dirección General de Limpieza Urbana informó que cumplía funciones de Control de Ingresos en el lugar denominado: Remediación de ex Cantera de la meseta. Asimismo, la dependencia explicó que este lugar se encuentra situado en la parte de la ciudad al final de la calle Huilén y se está procediendo a la remediación de la cava resultante de una explotación municipal de cantera de áridos. La remediación consiste en rellenar la cava/hueco con material de escombros, tierra y desechos inertes de construcción que son depositados por empresas habilitadas de transporte por contenedores en su mayoría. El agente Mario Barrientos es el único agente que presta este servicio; en el horario de 7 a 19 hs. La tarea de remediación se realiza conjuntamente con la Dirección Municipal de Protección Ambiental quien supone técnicamente la tarea de remediación y ésta Dirección General de Limpieza Urbana que supervisa la maquinaria (topadora) que interviene en el movimiento de acomodación de escombros (fs. 101).

Se agregó un informe de la Dirección de Control Ambiental de actividades que expresa que el agente Mariano Barrientos se encuentra trabajando desde el 03/05/05 en la zona de la ex cantera municipal, cumpliendo funciones en las tareas operativas del programa de remediación de la mencionada cantera hasta la actualidad (05/09/08). Asimismo, se informa que, en el lugar trabajó personal contratado por el plan de UOCRA… quienes durante el año 2007 quedaron desafectados, como así también el agente municipal Carlos Barros del cual no existe información en esta Dirección del tiempo que estuvo asignado en esa actividad (fs. 161).

El perito en Higiene y Seguridad en el Trabajo en su dictamen hace mención a las características de las labores de los operarios en el Sector Cantera y en el Basurero Municipal (fs. 95/96). En lo que aquí importa (porque el Basurero Municipal no es el lugar de trabajo del actor) expresa que aquí se efectúa la extracción de materiales para obras viales esencialmente, tales calcáreo. La tarea del operario en canteras, ya sea dirigiendo los equipos, topadora, cargadora, camiones, registrando y/o certificando cargas, egresos, etc., es a la intemperie, consecuentemente expuesto a las condiciones e inclemencias climáticas, en la zona de bardas de la Ciudad. Al tratarse esencialmente de movimientos de suelo hay aporte de material de baja granulometría (polvo) al ambiente y en presencia de viento, esto no sólo ingresa al sistema respiratorio y ojos (si no se dispone de los equipos de prevención adecuados tipo IRAM), sino que se forman polvaredas que obstruyen parcialmente la visión. Tal que el operario que desarrolla sus tareas en medio de la circulación de camiones y equipos viales, muchas veces marcha atrás, en visión reducida, en ambientes ruidosos, esta expuesto al peligro de embestimiento por parte de estos equipos, con el lógico y obvio grado de estrés agregado que estas condiciones ocupacionales conlleva (afectación sicológica). Evidentemente condiciones ocupacionales peores que las del empleado municipal que folia expedientes en el Palacio Municipal".

La demandada impugnó ese informe a fs. 112, toda vez que, sostiene, en la pericia no se hace mención a las tareas que realiza específicamente el actor.

Luego, se practica la pericia médica a fs. 142/143; allí la médica designada informa que:

"Habiendo hecho la observación ocular del lugar de trabajo del actor se observa que la máquina que realiza la extracción de caliza al realizar las diversas y diferentes maniobras de extracción del material genera polvo ambiental, lo mismo que los camiones que descargan los contenidos de los volquetes, como así también las maquinarias que reparten y compactan el nuevo suelo. Haciendo que el ambiente laboral sea de carácter riesgoso para la salud".

La demandada cuestiona el informe pericial a fs. 188 por entender que carece de fundamentos científicos. Expresa que no corresponde a través de una simple observación ocular que se efectúe la clasificación de la tarea o del ambiente como de carácter "riesgosa", ya que debe acompañarse una pericia técnica de niveles de polvo, clasificación del tipo de contaminante, acción sobre el organismo, etc. También, señala, debería haber evaluado si no se aplicaron las medidas de protección personal o mejoras en el procedimiento de trabajo.

Destaca que de ese informe surge, además, que el examen clínico del actor es "compatible con la normalidad". Destaca que si bien el Sr. Barros percibía el adicional, lo hacía por laborar en el sector de "limpieza urbana" y no por trabajar en el sector canteras.

La perito médica lo responde a fs. 194; alude a los contenidos relatados por el actor sobre los hechos descriptos; niega la carencia de rigor científico y manifiesta que la tarea realizada por el actor tiene el carácter de riesgosa para la salud, tratándose de micropartículas ambientales que penetran en las vías respiratorias. Discurre sobre la tipificación de las partículas como orientadoras del tipo de patología que puede desarrollar el agente, aseverando que el estudio ambiental de partículas por millón según normas de higiene y seguridad las estudia el técnico de seguridad habilitado con instrumental.

Dicha respuesta es impugnada por la demandada a fs. 198 y reitera la falta de rigor científico en sus conclusiones, toda vez que indica que no se ha realizado ningún tipo de estudio objetivo sobre el accionante.

Luego, se agrega el mandamiento de constatación efectuado en el lugar donde el actor presta servicios (fs. 223/224). Surge que: "el lugar se trata de un descampado en la zona de la meseta. La tarea que realiza el actor, consiste en control de ingreso de camiones con escombros y su posterior distribución del lugar donde los materiales deben descargarse. Los elementos que se depositan en el predio son en su mayoría escombros de construcción (ladrillos, cerámicos, vidrios, hierros, columnas, chapas, etc.) aunque dentro de los contenedores hay desechos de diversa índole, por ejemplo: ramas, cajones de muebles en desuso, gomas, latas, bolsas, y todo tipo de elemento que la gente –manifiesta el actor- deja en los volquetes cuando los encuentra en la vía pública. Los materiales son trasladados en camiones y son distribuidos por una topadora del Ejército que opera un maquinista. El actor se encuentra cumpliendo funciones al aire libre, de acuerdo a lo detallado precedentemente, controlando y distribuyendo el depósito de materiales y en el predio hay una garita o casilla que funciona como una oficina y él permanece allí cuando hay poco tráfico o entrada de camiones" (el subrayado es propio).

A fs. 174/177 se agrega el informe pericial contable. Expresa que según nota 212/8 se le informó que trabajaban 3 personas en el sector, dos eran por convenio con la UOCRA, y otro, el Sr. Barros, quien percibía en sus liquidaciones el plus adicional del 25% tareas riesgosas y peligrosas. Afirma que el accionante no percibió dicho adicional y que el monto ascendería a la suma de $8.092,48. A fs. 209 se completa dicho informe con los intereses ($6.352,96).

Luego, de las constancias administrativas acompañadas (Expte. OE 8476-B) se extrae que las distintas instancias competentes del Municipio, después de analizar las tareas desempeñadas por el actor, han rechazado el reclamo tendiente al pago del plus por "tarea riesgosa". Como se expusiera al inicio, la calificación del Área pertinente –División de Humanos y Seguridad Laboral- es que las tareas que realizaba el actor tenían una calificación de "riesgo poco significativo".

X.- Ahora bien, la prueba colectada en esta causa, no alcanza para conceder la razón al accionante.

Es que, más allá que la tarea desempeñada por el actor no fue calificada por el órgano competente como riesgosa, tampoco se ha podido acreditar que éstas impliquen un riesgo para la integridad psicofísica del actor y que ese riesgo no pueda ser previsible con medidas de seguridad factibles de ser aplicadas.

Es más, sobre éste último punto nada se ha aportado.

La prueba pericial en seguridad e higiene se limita a efectuar una descripción de tareas y escenarios, que –en principio no se desajustan de lo considerado por el propio Municipio para calificar a la actividad como de "riesgo poco significativo"-. Para más, si bien destacó las consecuencias que dicha tarea podrían acarrear bajo condiciones climáticas adversas (viento) para ojos y sistema respiratorio, lo cierto es que también señaló que ello era así en tanto no se dispusiera de los equipos de prevención adecuados.

Lo propio ocurre con la pericial médica, toda vez que, no se trata únicamente de la calificación de las tareas como de carácter "riesgoso", o una descripción de las mismas (más cuando esa tarea ya la realizó el órgano administrativo), sino de aportar los elementos de juicio necesarios para tener por acreditado que la función desempeñada, incluso con medidas de seguridad adecuadas, ameritan esa calificación; de esa manera, se estaría en condiciones de modificar el criterio de la Administración en punto a que no son de "riesgo poco significativo" sino exclusivamente de "riesgo".

Entonces, si el otorgamiento del suplemento depende, en cada caso, de si se cumplen los recaudos establecidos en la norma (tareas que impliquen riesgos psicofísicos en forma permanente y exclusiva; que los mismos no puedan evitarse con medidas de seguridad, y que ese carácter haya sido determinado por el Órgano Ejecutivo previa intervención de la Dirección de Medicina Laboral, Seguridad e Higiene Laboral) y en la causa se realizó el mismo recorrido de análisis que hizo la Administración para negar la bonificación, no es posible arribar a una solución distinta a la extraída por la propia Administración.

No puede dejar de mencionarse que en este caso, la demandada, si bien en su propia sede resolvió por la negativa al pago del suplemento, reexaminada la cuestión a la luz de los nuevos informes requeridos en la causa, concluyó del mismo modo; con lo cual no se trató de una mera negativa, sino de una fundada en la valoración de la tarea efectivamente desempeñada.

Prueba de ello, es también, la férrea oposición que ha demostrado en la causa, a través de las impugnaciones a los informes periciales presentados.

Por último respecto a lo manifestado sobre la percepción del adicional por parte de sus compañeros, salvo lo manifestado por el perito contador a fs. 177, que refiere que el Sr. Barros percibía el plus adicional del 25%, no existen otros elementos de análisis que permitan considerar la existencia de algún tipo de discriminación y/o que se encuentre vulnerada la garantía de igualdad; fundamentalmente porque se desconocen las tareas que el Sr. Barros realizaba, pese a encontrarse en el mismo sector.

XI.- Por estos motivos, propicio al Acuerdo el rechazo de la demanda impetrada.

En cuanto a las costas, entiendo que deberán ser soportadas por el actor vencido (art. 68 del C.P.C.y C. de aplicación supletoria en la materia). ASÍ VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Vocal que abre el Acuerdo, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal del Cuerpo, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda interpuesta por el Sr. Mariano Barrientos contra la Municipalidad de Neuquén. 2°) Costas al actor (art. 68 del CPCy C y 78 Ley 1305). 3°) Diferir la regulación de honorarios profesionales hasta que se cuente con pautas para ello. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el acto que, previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaría, que certifica.

Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice -Por Organismo

-Por Tema
-Por Carátula

"NAIFLEISCH MARÍA CLARA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4765/2014) – Acuerdo: 96/15 – Fecha: 30/11/2015

SEGURIDAD SOCIAL: JUBILACION.

HABER JUBILATORIO. DETERMINACION DEL HABER JUBILATORIO. MOVILIDAD DEL HABER JUBILATORIO.

1.- Corresponde hacer lugar a la demanda incoada y, en consecuencia, ordenar a la demandada ISSN el reajuste de los haberes jubilatorios -a partir del mes de abril de 2011- de manera que represente el 80% de lo que percibió el activo en cada período; y al pago de las diferencias resultantes.

2.- […] conforme lo ha señalado este Cuerpo en reiteradas oportunidades, el porcentaje garantizado por la Constitución (80%) lo es con relación a los que hubieren percibido los actores de continuar en actividad (cfr. la doctrina del Acuerdo 920/03, en autos "De la Colina". En dicho caso, se sentó que la debida proporcionalidad debía establecerse en referencia al haber correspondiente al último cargo desempeñado en actividad). En autos la actora, al momento del cese cumplía la función de "Directora de Coordinación Estadística" categoría FS 2 (cfr. informe de fs. 107) categoría que corresponde aplicar a los efectos de la determinación y posterior movilidad del haber jubilatorio.

Texto completo:

ACUERDO N° 96. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta días del mes de noviembre del año dos mil quince se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, con la presencia de sus integrantes Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Dra. Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "NAIFLEISCH MARÍA CLARA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 4765/14, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- A fs. 3/9 vta. se presenta la Sra. María Clara Naifleisch, por apoderado y con patrocinio letrado, e inicia demanda contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén.

Solicita se declare la nulidad de la Disposición del ISSN N° 2254/13.

Asimismo, pretende que se condene a la demandada a readecuar su haber previsional, tanto hacia el futuro como retroactivamente, desde que cada diferencia fue devengada y quedó impaga, más intereses y costas.

Relata que se trabajó para la Provincia de Chubut en la actividad privada antes de llegar a la Provincia de Neuquén.

Expone que en el año 1993 ingresó a la administración pública, donde se desempeñó durante trece años, de los cuales ocho años y medio fueron como Directora de Coordinación y Estadística de la Provincia, cargo en el que se jubiló a fines del año 2006.

Afirma que tanto al momento de la determinación del haber como al aplicarse la movilidad su retiro nunca alcanzó el 80% de lo que percibieron sus sucesores, ni de lo que ella cobraba en el cargo, al momento del cese.

Sostiene que la situación proviene del hecho de que durante su vida económica, principalmente al inicio de la misma, estuvo inscripta como trabajadora autónoma. Situación que interfiere sobre el haber de la función y categoría al cese y produce que el cálculo definitivo del haber previsional quede por debajo del 80% garantizado constitucionalmente.

Reitera que se debe considerar su desempeño activo como Directora de Coordinación Estadística de la Provincia de Neuquén (categoría FS 2), función que desempeñó durante ocho años y medio a favor de la administración pública hasta que cesó para acceder a la jubilación.

Expresa que el haber activo debe considerarse desde el momento de la determinación y tomando en cuenta toda variación, como todo adicional que de algún modo afecte la remuneración de la función de la actora durante el periodo comprendido, con independencia de su calificación de "remunerativo" o "no remunerativo".

Plantea el caso federal y hace reserva de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en su caso, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II.- A fs. 24/24 vta. se decreta la admisión de la acción por medio de la R.I. 198/14.

III.- A fs. 34/35 la parte actora opta por el proceso ordinario y ofrece prueba.

IV.- A fs. 37 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado.

V.- A fs. 53/60 el ISSN contesta la demanda.

Reconoce el carácter de jubilada de la actora.

Luego, efectúa las negativas de rigor.

Sostiene que la Sra. Naifleisch goza de una jubilación ordinaria, a partir del 01/11/2006.

Afirma que para otorgar el beneficio se han considerado aportes a la caja provincial y aportes autónomos a la caja nacional.

Explica que la determinación del haber se realizó sumando el haber en relación de dependencia y el correspondiente a servicios autónomos de acuerdo con su régimen propio, ambos en proporción al tiempo computado para cada clase de servicios, con relación al tiempo mínimo requerido para obtener la jubilación ordinaria.

Señala que en agosto de 2008 se readecuó el haber en el marco de la Resolución N° 172/07 y en cuanto a la proporción de aportes en relación de dependencia consideró la categoría FS2 por 36 meses.

Aclara que en septiembre de 2011 incorporó el adicional dedicación especial de 2000 puntos de la Ley 2571 al cálculo del 80% móvil, adicional que actualmente es de 2816 puntos.

Resalta que según el cómputo de tiempo la actora acreditó sólo 13 años aproximadamente de servicios con aportes al ISSN.

Explica cómo determinó el haber jubilatorio, destaca la aplicación del art. 56° inc. 3° de la Ley 611 y de la Resolución N° 172/07. Afirma que cumplió con el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

Por otro lado, fundamenta que no es viable dejar de computar los servicios autónomos para la determinación del haber, en virtud del Régimen de

Reciprocidad jubilatorio instaurado por el Decreto N° 9316/46.

Asimismo resalta que no es facultad del interesado el hecho de hacer valer o no ante la Caja Otorgante los servicios que tuviera en otra Caja Participante.

Por último, ofrece prueba, hace reserva del caso federal y solicita el rechazo de la demanda, con costas.

VI.- A fs. 63/63 vta. se abrió la causa a prueba. A fs. 163 se clausuró dicho período.

VII.- A fs. 171/176 vta. se agregó el alegato de la parte actora y a fs. 177/179 el de la demandada.

VIII.- A fs. 181/185 dictaminó el Sr. Fiscal General quien propicia se haga lugar a la demanda.

IX.- A fs. 186 se dictó la providencia de autos para sentencia la que, encontrándose firme y consentida, coloca a los presentes en condiciones para el dictado del fallo definitivo.

X.- Ahora bien, la actora obtuvo el beneficio de jubilación ordinaria previsto en la Ley 611 (cfr. Disposición N° 1582/06 obrante a fs. 113 del Expte. 2369-031592/2), a partir del 01/11/2006.

Por lo tanto, las cuestiones que esta Sala debe abordar se proyectan sobre el sistema previsional neuquino y exigen compatibilizar el régimen legal establecido en la Ley 611, con las directivas constitucionales.

Y, por consiguiente, el análisis debe circunscribirse a dilucidar si en el caso concreto se ha respetado la garantía constitucional establecida en el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

Sentado lo anterior y, tal como lo hiciera en numerosos antecedentes ("Fuentealba" –Ac. 40/10-, "Addy" –Ac.45/10-, "Balboa" –Ac. 15/11 y RI. 25/12- entre otros) me abocaré al análisis de las cuestiones involucradas, a saber: la debida proporcionalidad y movilidad del haber jubilatorio, la interpretación constitucional del sistema previsional provincial y la aplicación del art. 60° de la Ley 611.

XI.- En primer lugar, corresponde señalar que las cuestiones bajo análisis, han sido abordadas en varios de sus aspectos, por una nutrida jurisprudencia de este Tribunal.

Para abordar las garantías de proporcionalidad y movilidad jubilatoria podemos remontar su estudio al caso "Messineo".

Y desde allí concluir que, a partir del Acuerdo dictado in re "Messineo" (Ac. 613/99), en lo principal, el argumento decisivo es de carácter constitucional.

Deriva del principio de la necesaria, razonable y equitativa proporcionalidad que ha de haber entre el monto del beneficio previsional que percibe el agente pasivo y el que corresponde a la asignación del cargo de que era titular, al extinguirse o cesar la relación de empleo público.

En este sentido, conforme se señalara en innumerables pronunciamientos, cuya línea argumental he de seguir en el presente, el sistema previsional neuquino, al igual que el nacional, se apoya en la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad, atendiendo a la naturaleza sustitutiva que debe reconocérsele a la prestación (cfr. entre tantos otros, Ac. 931/04).

A ello se agrega que el beneficio previsional habrá alcanzado el conveniente nivel, cuando el jubilado conserva una situación patrimonial equilibrada a la que hubiera correspondido de haber seguido en actividad (Cfr. CSJN "Sánchez, María del Carmen c/ Adm. Nac. de la Seguridad Social". LL.mayo/2005).

Y es lógico que ello sea así, habida cuenta que la jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que se percibía como contraprestación a la actividad laboral, una vez cesada la misma, y como débito de la comunidad por dicho servicio. Así, cuando se otorga un beneficio, su monto originario responde al propósito de asegurar un ingreso vitalicio que deriva del status del beneficiario, siendo ese ingreso, una proyección que sustituye a la remuneración que el agente percibía cuando estaba en actividad; debe por tanto, el monto originario guardar una cierta proporción con esa remuneración.

De la misma forma, cuando posteriormente el titular se encuentra en goce de dicho beneficio, la relación entre el monto del beneficio y la remuneración que percibía en actividad no sólo debe mantenerse, sino que debe ser objeto de movilidad, lo que presupone que ese monto puede aumentar con respecto a la antigua remuneración.

Se advierte entonces que, si bien estos dos momentos se presentan como mecanismos independientes (uno sirve para determinar el haber inicial, el otro -fijado en base al nivel de las remuneraciones- para adecuar el haber inicial en lo sucesivo), comparten sin embargo en la práctica, un mismo objetivo axiológico, que no es otro que servir de base para un sistema previsional respetuoso de los principios de proporcionalidad y/o movilidad jubilatoria y/o pensionaria.

Por último, lo expresado es compartido por la generalidad de la doctrina y se refleja en los precedentes emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

XII.- En segundo término habré de referirme a la interpretación constitucional, la cual parte de la premisa del carácter supremo de los textos constitucionales y, desde allí, de la necesaria adecuación de las leyes a sus previsiones.

En este punto se observa que, a diferencia de lo estatuido por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional (en el cual no se ha establecido una pauta específica de proporcionalidad y está sujeta a la prudencia del legislador establecer las condiciones en que dicha garantía se hará efectiva), en el ámbito local, está cuantificada por el art. 38 inc. c), siendo un imperativo constitucional, que la Provincia mediante la sanción de leyes especiales asignará a todo trabajador en forma permanente y definitiva..." inc. c) jubilaciones y pensiones móviles que no serán menores del 80% de lo que perciba el trabajador en actividad".

Ahora bien, el mandato constitucional es supremo, no podría nunca el órgano legislativo apartarse de él, desde lo cual, si la aplicación del mecanismo previsto en el artículo 60 de la Ley 611, provocara una lesión constitucional, tal solución no podría ser amparada jurisdiccionalmente.

La particularidad del tratamiento constitucional es decisivo y, por ende, tal como se indicara en el voto minoritario del precedente "Novelli" (que luego daría pie a todo el desarrollo argumental de la posición finalmente adoptada por este Tribunal), "…La directiva constitucional no puede ser desconocida en su letra y contenido… Lo contrario importaría alterar el contenido de la manda constitucional con excepciones reglamentarias, cuando ello se encuentra expresamente vedado por el artículo 101 inc. 1) de la Constitución Provincial… la doctrina de la Corte Nacional que se cita como fundamento de la decisión precedente, y en pos de una justificación constitucional de la movilidad establecida en la ley jubilatoria provincial no puede en modo alguno considerarse aplicable al caso… Las situaciones a evaluar no son idénticas porque los ordenamientos constitucionales tampoco lo son…" (Ac. 378/96).

En definitiva, el precepto es claro y fija un piso insoslayable para el legislador, en tanto determina la proporción infranqueable del 80% con relación al sueldo que percibe el trabajador al momento de cesar su actividad para acogerse al beneficio jubilatorio, proporción que en orden a la movilidad que el mismo precepto establece, debe mantenerse a lo largo de su vida en pasividad, constituyendo una precisa instrucción al legislador, de instrumentar un sistema normativo acorde a dichas directivas.

A la luz de las consideraciones expuestas, surge con claridad, que la manda prevista en el artículo 38 inc. c) de la Constitución Provincial es netamente operativa, debiendo la legislación y las reglamentaciones dictadas en su consecuencia, reflejar y garantizar la proporcionalidad que tal manda constitucional terminantemente garantiza. Proporcionalidad que deberá estar presente en los dos momentos a que aludiera precedentemente: determinación inicial y movilidad posterior.

XIV.- Sentado lo anterior, se deduce que si por aplicación de los mecanismos establecidos en los artículos 56 y 60 de la ley 611, resultara un haber de pasividad ordinario inferior al 80% de lo que habría percibido el trabajador de continuar en actividad, la solución debería ser descalificada jurisdiccionalmente y ordenarse el pago de la diferencia necesaria para hacer efectivo el piso de protección constitucional.

En las presentes actuaciones la actora insiste que no se garantizó –para la determinación del haber inicial ni posterior movilidad- la proporción del 80% establecida en la Constitución Provincial.

Sin embargo, el organismo previsional al contestar la demanda (véase fs. 57 e informe de fs. 123 del Expte. Administrativo N° 2369-031592/2) ratifica la aplicación del art. 56 inc. 3° de la Ley 611 y afirma "que actualmente el haber … está compuesto por un porcentaje … en relación de dependencia y un porcentaje como autónomo". Asimismo sostiene que el haber de la actora fue adecuado al 80% móvil en el marco de la Resolución N° 172/07, en agosto de 2008 y en cuanto a la proporción en relación de dependencia consideró la categoría FS 2 por 36 meses. Finalmente indica que en septiembre de 2011 se procedió a incorporar el adicional de dedicación especial de 2000 puntos de la Ley 2571 al cálculo del 80% móvil, siendo dicho adicional de 2816 puntos.

Por otro lado, conforme lo ha señalado este Cuerpo en reiteradas oportunidades, el porcentaje garantizado por la Constitución (80%) lo es con relación a los que hubieren percibido los actores de continuar en actividad (cfr. la doctrina del Acuerdo 920/03, en autos "De la Colina". En dicho caso, se sentó que la debida proporcionalidad debía establecerse en referencia al haber correspondiente al último cargo desempeñado en actividad).

En el caso particular de la actora, al momento del cese cumplía la función de "Directora de Coordinación Estadística" categoría FS 2 (cfr. informe de fs. 107) categoría que corresponde aplicar a los efectos de la determinación y posterior movilidad del haber jubilatorio.

Sentado ello, se analizará si dicha proporcionalidad se ha respetado. A dichos efectos se tendrá en consideración el último cargo desempeñado (categoría FS 2), debiendo incluirse todos los rubros percibidos por el personal en actividad, con carácter de habituales y regulares, más allá de su denominación (cfr. desarrollo efectuado en "Addy" Ac. N° 45/2010, "Aquín" Ac. 106/10, entre otros, a cuyos fundamentos me remito).

XIV.- Ahora bien, la cuestión encierra en este punto un tema probatorio, siendo determinantes las planillas de simulación de sueldo –categoría FS2 suscripta por la Directora de Sueldos del Ministerio de Economía y Obras Públicas (a fs. 145/146) y los recibos de haberes jubilatorios que demuestran lo efectivamente percibido por la actora (ver fs. 108/132).

Al confrontar los montos que surgen de las liquidaciones de haberes (fs. 145/146) y los recibos de haberes acompañadas por el I.S.S.N (fs. 108/132), se observa que en la mayoría de los períodos los haberes abonados a la actora no han alcanzado el piso del 80% garantizado constitucionalmente –respecto al cargo que ostentaba al momento del cese-.

De modo que la adecuación de haberes que dice haber realizado el Instituto de Seguridad Social de Neuquén en el marco de la Resolución N° 172/07, no ha sido suficiente conforme la prueba recabada en autos, la que se extiende desde el mes de abril de 2011.

Consecuentemente, se encuentra probado –a partir de abril de 2011- el menoscabo en los haberes jubilatorios de la actora, respecto de la proporcionalidad establecida por la Constitución Provincial, con relación a la remuneración de la categoría de revista con que accedió al beneficio previsional (cfr. criterio sentado en autos: "De la Colina", Ac. 920/3).

Por ello, deberán abonarse a la actora las diferencias correspondientes en los meses que no se respetó el 80% -respecto del último cargo,"Directora de Coordinación Estadística" categoría FS 2-.

XV.- En mérito a las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo hacer lugar a la demanda, con el alcance establecido en los considerandos anteriores, con costas a la demandada vencida (art. 68 del C.P.C. y C. y 78 Ley 1305). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: Como se indica en el voto que abre el Acuerdo y ha señalado este Tribunal en reiteradas oportunidades, el argumento constitucional se presenta decisivo y, en orden a las particularidades que diferencian el esquema local del nacional, la demanda debe prosperar. Es que, cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la Constitución, de modo tal que llega a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, puede el juzgador apartarse de tal precepto y omitir su aplicación a efectos de asegurar la primacía de la Ley Fundamental (cfr. Fallos 292:383, entre otros).

Desde ello y, en orden a las particularidades que diferencian al esquema local del nacional, al establecer el artículo 38 inc. c) de la Constitución Provincial una cuantificación en la formulación de la proporcionalidad, fijándola en el 80% de lo que percibiría la actora jubilada de continuar en actividad, la pretensión es procedente.

Con estas consideraciones, adhiero a la solución propuesta por el Sr. Vocal que abre el Acuerdo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Hacer lugar a la demanda incoada por la Señora MARÍA CLARA NAIFLEISCH, contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN y, en consecuencia, ordenar a este último el reajuste de los haberes -a partir del mes de abril de 2011- de manera que represente el 80% de lo que percibió el activo en cada período; 2°) Condenar al ISSN al pago de las diferencias resultantes, las que serán determinadas en la etapa de ejecución de sentencia, con más los intereses que se calcularán, desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago, a la tasa activa; 3°) Imponer las costas a cargo de la demandada (art. 68 del CPCy C); 4°) Diferir la regulación de honorarios para cuando se cuente con pautas a tal efecto; 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el acto que previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaria, que certifica.
DR. RICARDO TOMAS KOHON - DR. OSCAR E. MASSEI
DRA. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"BUSTAMANTE NESTOR FABIAN C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte: 769/2003) – Acuerdo: 99/15 – Fecha: 30/11/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

REQUISITO DE ESPECIALIZACION. CATEGORIZACION. PERSONAL CALIFICADO.

1.- Corresponde el rechazo de la demanda en la que el actor solicita que se le abonen las diferencias salariales y se ordene su recategorización con la categoría OSC al considerar que esa categoría le correspondía desde su ingreso, en atención a su título de "Técnico Auxiliar Tornero Metalúrgico". En los presentes queda claro que, al momento de su ingreso, el título que poseía el accionante no fue una condición necesaria para su nombramiento y, tan así que tampoco le fueron asignadas funciones de índole técnica especializada, con lo cual no surge mérito para afirmar que fue incorrectamente encasillado en oportunidad de comenzar a prestar servicios para el Municipio demandado.

2.- Es doctrina reiterada que "los cargos no han sido creados por la ley para el empleado o funcionario sino en razón del servicio. En ese contexto, entonces, el derecho a la carrera del agente público (cuestión que aquí se encuentra involucrada, pues se vincula con el derecho a estar correctamente encasillado) no corre en forma separada de las necesidades del servicio en el que se inserta (cfr. Ac. 55/15 "MUÑOZ ANTONINA DEL CARMEN").

Texto completo:

ACUERDO N° 99. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta días del mes de noviembre de dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI con la intervención de la Secretaria titular de la Secretaría de Demandas Originarias Dra. Luisa Analía Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "BUSTAMANTE NESTOR FABIAN C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 769/03, en trámite por ante la mencionada Sala y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- A fs. 7/8 se presenta, por apoderado, el Sr. Néstor Fabián Bustamante, e interpone formal acción administrativa contra la Municipalidad de Plottier.

Solicita que se le abonen las diferencias salariales que calcula en la suma de $500,66 y se ordene su recategorización con la categoría OSC conforme lo establecido en el Estatuto Municipal.

Relata que es empleado administrativo de la planta permanente municipal, con categoría AUA del Escalafón y remuneración acorde a la misma.

Explica que desde su ingreso, como contratado, en el año 1992, percibió esa categoría; luego fue recategorizado con la categoría OFB y en el año 2000, la OSD.

Sostiene que debió contar con la categoría OSC desde su ingreso, según lo establece el art. 130 del Estatuto municipal en atención a su título de "Técnico Auxiliar Tornero Metalúrgico".

Destaca que acompañó el título al ingresar al Municipio y luego, el 26/09/02, realizó el reclamo administrativo para que se le abone por los años no prescriptos.

Refiere que su petición no fue respondida e inició un reclamo por mora administrativa, sin que la demandada haya resuelto el planteo.

Practica liquidación.

Ofrece prueba. Funda en derecho.

II.- Decretada la admisión de la acción mediante Resolución Interlocutoria 4156/04 (fs. 19/20), a fs. 48 es ejercida la opción por el procedimiento ordinario.

III.- A fs. 24 toma intervención la Fiscalía de Estado, en los términos del art. 1° y cc. de la Ley 1575.

IV.- A fs. 29 se decreta la rebeldía de la Municipalidad de Plottier.

A fs. 32 se presenta la Municipalidad de Plottier.

V.- A fs. 35 se abre la causa a prueba y luego de su certificación se clausura el período probatorio a fs. 134, poniéndose los autos para alegar.

VI.- A fs. 138 se ordena el pase en vista al Fiscal General, quien se expide a fs. 141/142 y propicia el rechazo de la demanda incoada.

VII.- A fs. 230, se dicta el llamado de autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y consentida, quedando las presentes actuaciones en condiciones de resolver.

VIII.- Conforme ha quedado reseñado, el actor afirma que desde su ingreso a la Administración Municipal debió abonársele la categoría OSC por poseer título de "Técnico auxiliar tornero". Y, por tal motivo, solicita el pago de las diferencias salariales entre su categoría de revista (OFB inicial-OSD a la que fue recategorizado con posterioridad) y la que entiende le hubiera correspondido con fundamento en el artículo 130 del Estatuto Municipal (OSC).

Ahora bien, en autos, la demandada no contestó el traslado de la demanda.

Frente a tal supuesto, dispone el artículo 48 de la Ley 1305 que "...El silencio, la contestación ambigua o evasiva o la negativa meramente general pueden estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes, de la autenticidad de los documentos y de su recepción".

El empleo del vocablo "pueden" permite afirmar que se trata de una admisión presunta de la verdad de los hechos pertinentes, con lo cual ello no impone al juez una decisión favorable a la petición sino sólo en la medida en que la misma sea justa y estuviese acreditada en legal forma.

IX.- Siendo así, cabe analizar el supuesto planteado.

En punto a los agrupamientos funcionales, se ocupa el Capítulo X del Estatuto Municipal –Ordenanza 355/87, vigente al momento de los sucesos-.

En ese ámbito, específicamente el artículo 127 establece que el agente municipal revistara "…de acuerdo a la naturaleza de sus funciones en el grupo funcional y clase que le corresponda según el correspondiente encasillamiento".

Así, a esos fines clasifica a los agentes municipales en:

a) Personal jerárquico; b) Personal profesional; c) Personal Técnico especialista; d) Personal docente; e) Personal Administrativo; f) Personal obrero; g) Personal Maestranza.

Luego el artículo 130, dice que revistaran en el agrupamiento "Personal Técnico especializado" los agentes que desempeñen funciones de índole técnica especializada o que reúna las siguientes condiciones:

"a) Egresado de Escuela técnica Oficial o reconocida por el Estado con título habilitante expedido por el mismo;

b) se encuentra cursando estudios referidos en el inciso anterior y haya aprobado el ciclo básico de la carrera de que se trate;

c) se desempeñe en tareas técnicas especializadas, respecto de las cuales no existan en el país estudios sistemáticos. Este grupo ocupacional tendrá nivel escalafonario inicial OSC."

X.- Ahora bien, del legajo del accionante surge que ingresó para cumplir funciones en la Dirección de Juventud, como líder en el Departamento de Juventud (cfr. fs. 17 del Legajo).

Luego, por Decreto 1393/96 fue trasladado a la Dirección de Servicios Públicos, donde prestó funciones de "soldador", lo que es conteste con lo declarado en autos por el testigo Carlos Rubén Salvo: "…Sé que estuvo aproximadamente diez años en Servicios Públicos conmigo. Se desempeñaba como soldador… Antes de estar en ese sector ya estaba en la Municipalidad pero no sé en qué parte" (fs. 93)

Así lo corrobora también el deponente Manuel Juan Sánchez Da Fonseca quien refirió: "… Yo entré en la Dirección de Servicios Públicos y él estaba en el sector de soldadura en la misma Dirección…"; "él estudió para Técnico Tornero" (fs. 94).

Es decir, queda claro que, al momento de su ingreso, el título que poseía el accionante no fue una condición necesaria para su nombramiento y, tan así que tampoco le fueron asignadas funciones de índole técnica especializada, con lo cual no surge mérito para afirmar que fue incorrectamente encasillado en oportunidad de comenzar a prestar servicios para el Municipio demandado.

En este punto, no deja de advertirse que el actor postula una suerte de independencia entre la categoría remunerativa que afirma debió haber sido asignada (18- OSC) –por el hecho de contar con determinado título-, y las funciones para las cuales se lo designó, lo cual resulta improcedente.

Tal como consignó el Decreto 1418/04 que le denegó su reclamo, el hecho de haberse "recibido de técnico tornero metalúrgico, lo habilita a percibir la bonificación por título de 14%", pero no para revistar en la categoría OSC, pues "se deben prestar tareas propias de la especialidad".

En este cuadro, tal como surge de los recibos de haberes adjuntados a fs. 149 y siguientes, al actor se le ha abonado la bonificación por título y un 20% "soldador", con lo cual cabe colegir que ha sido remunerado conforme a la situación patentizada.

Como se ha sostenido en anteriores precedentes: "Cabe recordar una premisa básica: los cargos no han sido creados por la ley para el empleado o funcionario sino en razón del servicio. En ese contexto, entonces, el derecho a la carrera del agente público (cuestión que aquí se encuentra involucrada, pues se vincula con el derecho a estar correctamente encasillado) no corre en forma separada de las necesidades del servicio en el que se inserta (cfr. Ac. 55/15 "MUÑOZ ANTONINA DEL CARMEN").

Y, en esta línea, no se advierte que la Administración haya actuado en forma ilegítima.

En definitiva, el confronte de la situación reglada por el Estatuto con la situación de hecho patentizada en la causa, impide reconocer al accionante el derecho a obtener desde su ingreso la categoría OSC que reclama.

Por lo demás, tampoco puede dejar de señalarse que, a lo largo de su carrera, el actor ha sido "recategorizado" a la categoría OFB y OSD –como surge de su demanda- y al año 2011 percibe la categoría FUA –cfr. recibos de haberes de fs. 100/105- (contexto en el que se le abona adicional por título; soldador 20%, entre otros).

Entonces, por las consideraciones vertidas, no existiendo mérito para acoger la demanda, su rechazo se impone.

Las costas deberán ser soportadas por la parte actora vencida, en función del principio general de la derrota (art. 68 C.P.C.yC., de aplicación supletoria). MI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Kohon, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Rechazar la acción procesal administrativa incoada por NESTOR FABIAN BUSTAMANTE contra la MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER; 2°) Imponer las costas al actor vencido (art. 68 C.P.C.yC. de aplicación supletoria); 3°) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el acto que previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaría, que certifica.

DR. RICARDO TOMAS KOHON - DR. OSCAR E. MASSEI

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"GATTAFONI NESTOR EDUARDO C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3063/2010) – Acuerdo: 101/15 – Fecha: 30/11/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Cargo docente.

TITULARIZACION DE DOCENTE. FACULTAD DE LA ADMINISTRACION. CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION.

1.- Corresponde rechazar la demanda en la que el actor solicita que se cumpla con lo dispuesto en la Ley Nacional de Educación 26.206, la Ley 26.075 y el Anexo II del Acuerdo alcanzado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y la C.T.E.R.A el 2 de Julio de 2008 y, en consecuencia, se lo titularice en los cargos que ocupa para gozar de los derechos y deberes inherentes a quienes poseen tal revista. Desde el esquema constitucional y normativo planteados, se advierte que los acuerdos celebrados por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación Argentina, el Consejo Federal de Educación y distintas asociaciones sindicales con personería gremial, con competencia nacional y las leyes nacionales relacionadas, no tienen el alcance que el actor pretende asignarle para resolver, de forma particularizada, la titularización requerida.

2.- La "titularización" pretendida por el accionante en los términos propuestos en la demanda, no tiene cabida ni desde la óptica normativa en la que sustentó su derecho, ni tampoco desde las posibilidades de la judicatura, pues implicaría tanto como suplantar a la Administración en el proceso de regularización dado por los actos citados. Así, la situación del actor debe encontrar solución en sede administrativa y bajo el amparo y alcances de la Resolución 0935/11 y del Decreto 1943/11.

Texto completo:

ACUERDO N° 101. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta días del mes de noviembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia integrada por los Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y EVALDO DARIO MOYA, con la intervención de la Secretaria titular de la Secretaría de Demandas Originarias Dra. Luisa Analía Bermúdez para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "GATTAFONI NESTOR EDUARDO C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 3063/10, en trámite por ante la mencionada Sala y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor EVALDO DARIO MOYA dijo: I.- A fs. 39/49 se presenta el Sr. Néstor Eduardo Gattafoni, con patrocinio letrado y promueve acción procesal administrativa contra el Consejo Provincial de Educación.

Solicita se cumpla con lo dispuesto en la Ley Nacional de Educación N° 26.206, la Ley 26.075 y el Anexo II del Acuerdo alcanzado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y la C.T.E.R.A el 2 de Julio de 2008 y, en consecuencia, se lo titularice en los cargos que ocupa para gozar de los derechos y deberes inherentes a quienes poseen tal condición.

Explica que se desempeña como docente hace más de 12 años; en la E.P.E.T. N° 3 es Maestro de Enseñanza Práctica interino -desde el 1 de abril del año 2003-; en la E.P.E.T. N° 5 se desempeña como Maestro de Enseñanza Práctica en el carácter de interino -desde el 30 de abril del año 2004-, con lo cual, pide la titularización en ambos.

Plantea que la situación en la que se encuentra vulnera su derecho a acceder a la titularidad y con ello la estabilidad laboral, ya que si bien como Docente interino tiene ciertos derechos, hay otros a los que no puede acceder, como por ejemplo, a los cargos de jerarquía, al traslado, reincorporación, etc. y en un futuro, por llamados a traslados o reincorporaciones, sus cargos se pueden afectar, con el riesgo de perderlos.

Sostiene que existe una violación sistemática del sistema legal por parte del Consejo Provincial de Educación.

Expresa que ingresó a la docencia mediante un concurso público de títulos y antecedentes, y así se ha mantenido por más de 7 años en un cargo y 6 años en otro.

Destaca que la conducta del Consejo de Educación provoca que los docentes tengan una incertidumbre respecto a su situación laboral. Agrega que para sanear esa situación, en la mayor parte de las jurisdicciones de la República y dar estabilidad laboral a los docentes en general, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación alcanzó un acuerdo con C.T.E.R.A.

Manifiesta que en el Anexo II del Acuerdo se hace referencia a las Titularizaciones y regularizaciones de la situación docente.

Refiere sobre dicho Acuerdo, la Ley Nacional de Educación, el art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional, la Ley 26.206 y 26.075 y dice que, en ese marco, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y la C.T.E.R.A acordaron que debía regularizarse la situación docente en lo relativo a la estabilidad laboral; ello, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 67 inc. k), e) y f) de la Ley 26.206 de Educación Nacional y resolver, en el lapso del ejercicio 2008, todas las situaciones en el ingreso de docentes generadas por incumplimiento de la legislación existente o por inexistencia de la misma en las jurisdicciones educativas en los últimos años.

Describe las normas dictadas con posterioridad y sostiene que las Provincias carecen de autonomía para desvirtuar cualquier derecho que se encuentre regulado en el artículo 10 de la Ley 26.075.

Indica que la estabilidad laboral buscada por las leyes nacionales y los acuerdos mencionados se relacionan con lo establecido en el art. 14 de la Constitución Nacional que tiene carácter operativo.

A modo de conclusión, requiere que se haga lugar a lo peticionado otorgándole la titularidad correspondiente en los cargos que ejerce.

A la par, solicitó el dictado de una medida cautelar de no innovar.

Funda en derecho. Efectúa reserva del Caso federal. Ofrece prueba.

II.- A fs. 54 se presenta el Sr. Fiscal de Estado. Toma intervención en los términos del artículo 1° y concordantes de la Ley 1.575.

III.- A fs. 97/102, mediante la R.I. 405/10 se rechazó la cautelar peticionada.

Luego, mediante la R.I. 202/11 (fs. 109), se declaró la admisión de la acción.
A fs. 118, se amplió la demanda y se acompañó la Resolución 935/11 dictada por el Consejo Provincial de Educación.
A fs. 125 el actor opta por el procedimiento ordinario y se confirieron los correspondientes traslados.
IV.- A fs. 141/147 el Consejo Provincial de Educación del Neuquén contesta la demanda.
Luego de las negativas de rigor, alude a la situación laboral del accionante.
Sostiene que no resulta aplicable el Acuerdo en el que el actor funda su derecho, conforme la competencia asignada por Ley al Consejo Provincial de Educación.
Menciona los reclamos efectuados y transcribe los fundamentos más relevantes del Decreto 328/10 que pone fin a sus planteos.
Afirma que sólo el docente que rinde un concurso adquiere la calidad de titular y, por ende, goza de los beneficios del ingreso a la docencia, de conformidad con el artículo 13 del Estatuto; dice que tal procedimiento incumbe a políticas educativas que exceden el ámbito de discusión de los jueces.
Indica que el artículo 1 de la Ley 1633 establece que el que posee un cargo interino o suplente, revista en esa situación hasta que subsista la vacante o dure la ausencia del reemplazado; de allí, también la ausencia de estabilidad en el interino.
Reivindica la aplicación de normativa legal y el proceso de regularización laboral docente para los Niveles Medio y Técnico y Formación Profesional instado por su parte, ad referéndum del Poder Ejecutivo Provincial.
Transcribe la Resolución 935/11 y menciona que el Poder Ejecutivo, dictó el Decreto 1943/11, que ordena implementar el proceso de regularización laboral docente para el nivel Medio y nivel Técnico y Formación Profesional.
Reitera que la pretensión del Sr. Gattafoni carece de sustento legal y fáctico.
Destaca que la normativa citada en la demanda no es operativa para la Provincia de Neuquén.
Sostiene que la designación de personal por parte del Consejo Provincial de Educación está sujeta a la aprobación del Poder Ejecutivo Provincial, esto es, que requiere de la intervención de las voluntades de ambos órganos.
Explica el procedimiento para la regularización laboral.
Ofrece prueba. Efectúa reserva del caso federal.
V.- A fs. 153 se otorga "trámite directo" a la causa, en función de lo previsto por el artículo 61 de la Ley 1305, poniéndose los autos para alegar.
A fs. 162/166 luce agregado alegato de la parte actora y a fs. 167/172 del Consejo Provincial de Educación.
VI.- A fs. 174/179 dictamina el Sr. Fiscal General quien propicia que se rechace la demanda.
VII.- A fs. 181, se dicta la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.
VIII.- Ahora bien, como se dijo, el objeto de la demanda es que "se dé cumplimiento a lo dispuesto en la Ley Nacional de Educación N° 26206, la Ley 26075 y el Anexo II del acuerdo al que han arribado el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y C.E.T.E.R.A en fecha el 2 de Julio de 2008, otorgándome la titularidad correspondiente a mis cargos…".
Para abordar la cuestión vale traer a colación los argumentos centrales que llevaron al Poder Ejecutivo a desestimar el reclamo impetrado por el accionante, a través del Decreto 328/10, confirmando la decisión negatoria del CPE; éstos fueron explicados a partir de la distinción entre el "régimen de educación" y la "relación de empleo público de los docentes".
a) con relación al primero, se expresa que: el art. 75 inc. 19, tercer párrafo de la Constitución Nacional, acentúa el modelo federal de concertación y otorgó al Congreso de la Nación la atribución de "sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales"; que corresponde a las Provincias dictar las normas que completen y adapten el programa legislativo general; que la organización del sistema de educación de los niveles iniciales, primario, y medio es competencia de los Estados Provinciales y que conforme al art. 118 de la Constitución Provincial, la dirección técnica y la administración general de la enseñanza están a cargo del C.P.E.

Que, en la Ley Nacional 26075 –art. 10- se estableció que entre el Ministerio de Educación de la Nación, juntamente con el Congreso Federal de Cultura y Educación y las entidades gremiales docentes con representación nacional, se acordaría un convenio marco que incluirá pautas generales referidas a) condiciones laborales, b) calendario educativo, c) salario mínimo docente y d) carrera docente.

Que, el Decreto Nacional 457/7 estableció pautas por las que habría de regirse la celebración del convenio marco, y en su art. 7 se establecen los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en la negociación; detalla la información con la cual han de contar en forma previa al inicio de las tratativas disponiendo, en su art. 14, que "los preceptos del decreto se interpretarán de conformidad con el Convenio N° 154 de la OIT sobre fomento de la negociación colectiva, ratificado por la Ley 23.554"

Que, bajos esos lineamientos se celebró la paritaria nacional de fecha 2/7/08, participando de la misma el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Educación, el Comité del Consejo Provincial de Educación y las entidades gremiales con representación Nacional (CTERA, AMET, CEA, UDA y SADOP), el cual fue homologado por el Poder Ejecutivo Nacional, a través del Decreto 134/9.

Que, esas normas nacionales no resultan aplicables al ámbito de la Provincia porque el Estado Neuquino no ha participado en las paritarias nacionales ni ha celebrado en el ámbito interno negociaciones de iguales características y alcances; que la participación señalada se traduce además en la imposibilidad de contar los miembros paritarios con la información exigida por el Decreto 457/7 en relación a cada sector y sobre diversas materias: previsiones presupuestarias, niveles de empleo en el ámbito educativo, políticas de inversiones en el sector docente, ingresos totales detallando la fuente de los mismos y los rubros a los que fueron destinados, indicando especialmente las partidas afectadas a personal contratado, de gabinete, perspectivas de ingresos futuros y destinos probables de los mismos; no existe de parte de la Provincia acto legislativo de adhesión al Acuerdo arribado –toda vez que se trataría de una modificación al Estatuto docente vigente a nivel provincial-; que los docentes dependientes de la administración pública provincial no fueron representados en dicho Acuerdo.

b) en relación con el segundo aspecto, señala el acto que se está referenciando que el personal docente se rige por el Estatuto del Docente, aprobado por la Ley Provincial 956, contexto que regula el acceso a los cargos titulares de la carrera docente en base a concursos de títulos y antecedentes, resultando ajeno a ello el sistema propuesto por el Acuerdo referenciado.

Suma a lo anterior que la normativa local aplicable a la Provincia en los casos de negociación colectiva es la Ley 1974.

Luego, confrontada la respuesta dada en sede administrativa, con el plexo de normas que resultan de observación en el caso, no logra arribarse a una solución distinta.

VIII.1.- El artículo 5 de la Constitución Nacional establece que cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios y garantías de la Constitución Nacional y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria.

Bajo esos aspectos se garantiza la autonomía provincial y el poder constituyente derivado.

A su vez, el art. 121, establece que las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación; estos son los principios del "federalismo argentino".

En este mismo orden de ideas, el art. 75 de la Constitución Nacional,

"Atribuciones del Congreso", en su art. 19, le da la atribución de "sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales". Como allí se indica, entonces, "ley de bases", con lineamientos generales, para no diluir el federalismo y la autonomía educacional de las provincias (cfr. Constitución de la Nación Argentina, María Angélica Gelli, Segunda Edición, La Ley, pág. 581).

Por su parte, la Constitución Provincial en el Capítulo II, Educación (texto según la reforma del año 2006), estructura minuciosamente los lineamientos generales a los que debe ajustarse el sistema educativo, estableciendo en su art. 110 las Bases que deben contener las "leyes de educación"; el mínimo de enseñanza obligatoria (art. 111); el idioma obligatorio (art. 112); en sentido de la educación (art. 113); el financiamiento de la Educación (art. 114); el fondo

permanente (art. 115); los aportes del tesoro (art. 116); el destino de los fondos (art. 117); confía el "gobierno de la educación" al Consejo Provincial de Educación como un ente autárquico, integrado por representantes de docentes en actividad, de Consejos Escolares locales y del Poder Ejecutivo, cuyas condiciones y atribuciones serán determinadas por Ley (art. 118); los Consejos escolares (art. 119); alfabetización (art. 120), Escuelas-hogar (art. 121); educación especial (art. 122); escuelas para adultos (art.123); escuelas nocturnas (art. 124); escuelas especializadas (art. 125); gratuidad, laicismo y autonomía (art.126); enseñanza media (art. 127); finalidad de la educación (art. 128); acceso y permanencia (art. 129); enseñanza superior y universitaria (art. 130); educación física (art. 131); comedores escolares y colonias de vacaciones (art. 132); Estatuto del Docente (art. 133).

En este último, se establece que "la Legislatura dictará y reglamentará el Estatuto del Docente con los siguientes derechos básicos, ingresos, estabilidad, ascenso, traslado, vacaciones escolares, participación en el consejo escolar, perfeccionamiento cultural y técnico, agremiación, rotación y jubilación, asistencia social y estado docente".

En este orden, en el art. 189 como atribuciones de la Cámara de Diputados, le otorga a ésta la de "legislar sobre educación e instrucción pública" (inc. 3); sancionar anualmente el presupuesto general de la Administración Pública Provincial (inc. 8); crear y suprimir empleos con sujeción a lo dispuesto en la Constitución, determinando las funciones, responsabilidades y remuneración (inc. 15) y la de "dictar el estatuto de las profesiones liberales, de la magistratura, de los empleados públicos y de los docentes" (inc. 37).

Concordante con todo ello, por medio de la Ley 242 se crea el Consejo Provincial de Educación, estableciéndose que este posee competencia para organizar y administrar la enseñanza de todos los niveles -excepto el universitario- en la Provincia (art. 1); le atribuye plena autarquía técnica y administrativa, desarrollando sus actividades en relación de dependencia con el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Gobierno, Educación y Justicia (art. 2).

Y, por medio de la Ley 956 del año 1976, se declaró expresamente acogida la Provincia del Neuquén, "hasta tanto se dicte su propio estatuto, a las disposiciones de la Ley 14.473 Estatuto del Docente y su reglamentación y modificaciones posteriores".

Así las cosas, el Estatuto vigente en la Provincia y sus normas complementarias, son las que establecen los procedimientos de "ingreso" a la docencia, y reglamentan la estabilidad de los docentes, contexto en el que también se inscribe la situación de los "interinos y suplentes" necesarios para garantizar la continuidad del proceso de enseñanza-aprendizaje.

En este cuadro no puede dejar de mencionarse que, aún cuando el derecho a la estabilidad en el empleo posea anclaje constitucional, ello no implica que la ley no pueda reglamentar razonablemente ciertos aspectos, como por ejemplo, cuándo y cómo se adquiere.

Y según la definición plasmada en el Estatuto vigente, el "interino es el docente que se desempeña transitoriamente en un cargo vacante" y "suplente es el docente que reemplaza a otro en su cargo por licencia o comisión de servicios", con lo cual, por principio, en ninguno de los supuestos de interinatos o suplencias, esos docentes gozan de estabilidad.

VIII. 2.- Luego, retomando el análisis que se venía realizando desde el esquema constitucional y normativo de observación, puede advertirse que los acuerdos celebrados por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación Argentina, el Consejo Federal de Educación y distintas asociaciones sindicales con personería gremial, con competencia nacional y las leyes nacionales relacionadas, no tienen el alcance que el actor pretende asignarle para resolver, de forma particularizada, la titularización requerida.

En efecto, en primer lugar, repárese que la Ley 26.206 –Ley Nacional de Educación-, establece claramente que "el Estado nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias" (art. 4).

Como puede observarse, la misma Ley está recogiendo los tres órdenes diferentes (Estado Nacional-Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) que interactúan para hacer efectivos los postulados constitucionales vinculados con la "Educación".

De allí que la participación que la Provincia posee en el Consejo Federal de Educación (creado en la Ley de Educación Nacional N° 26.206, artículos 116 a 120) se enmarca como organismo de concertación, acuerdo y coordinación de la política educativa nacional, que pretende asegurar la unidad y articulación del Sistema Educativo Nacional, más ello no puede importar el desconocimiento de las competencias que la propia Constitución Provincial le ha confiado a la Legislatura Provincial y al organismo encargado del gobierno de la Educación a nivel local en la materia, tal el C.P.E.

De tal modo, hasta aquí, puede colegirse que el anclaje normativo de la demanda, dista de obligar –en los términos pretendidos- a la jurisdicción educativa local, siendo ésta la premisa de la que parte el razonamiento del accionante.

IX.- Por lo demás, aún cuando todo lo anterior pudiera ser soslayado, tampoco se extrae del "acuerdo" mencionado, la posibilidad de resolver la situación en la forma propuesta en la demanda: esto es que, sin más, por una sentencia judicial, se obligue al CPE a otorgarle el carácter de titular en las horas que posee como interino.

El mismo actor, en su demanda, resalta el punto del Acuerdo que entiende aplicable a su situación (pto. 5) y allí, como puede repararse, se refiere a un "proceso de titularización" que se llevará adelante a "través de procedimientos acordados en instancias de negociación colectiva de cada jurisdicción", todo lo cual excede al contexto de esta causa y debilita la posición actoral.

Refuerza aún más esta conclusión, los considerandos del citado Decreto Nacional N° 134/9 que, al homologar dicho Acuerdo, dejó claramente consignado que lo acordado fueron "los mecanismos y condiciones para que los docentes de todos los niveles y modalidades del sistema, con las excepciones allí previstas, alcancen la titularidad de sus cargos, acordando que una vez finalizados los procesos de titularización que correspondan, la situación de revista, en todo el país se refiera a solo dos opciones: titular o suplente, siendo excepcionales los interinatos desde la ocupación de la vacante hasta la implementación del concurso de acuerdo a la normativa vigente en cada jurisdicción" (cfr. fs. 77).

En definitiva, siendo que se trata de "procesos" de titularización que llevarán a cabo las distintas jurisdicciones en el marco de una política educativa concertada, mal podría el Poder Judicial resolver la situación del accionante del modo pretendido.

X.- Precisamente, "procesos" que han encontrado su cauce con posterioridad al inicio de esta acción, tal como da cuenta la Resolución 935/11 –traída por el propio actor- mediante la cual, la autoridad local con competencia en la materia –tal, el C.P.E provincial-, ha asumido la necesidad de establecer un procedimiento que defina en la Provincia, la estabilidad laboral, "en el mismo sentido que lo promueve la Resolución N° 055/8 del Consejo Federal de Educación al referirse al art. 67 inc. f) de la Ley 26.206".

De tal modo propició la implementación, ad referéndum del Poder Ejecutivo, de un proceso de regularización, y en ese cuadro se ordenó a las Direcciones Generales de Nivel Medio y Técnico y Formación Profesional, el relevamiento e identificación de todos los docentes interinos que, a la firma del acto, poseían como mínimo 3 años de antigüedad en la docencia, y demás recaudos, advirtiendo que la titularización se realizará acorde a la compatibilidad vigente en cada nivel y/o modalidad (art. 7). En este orden, por Anexo a ese acto, se detallan todos los requisitos a observar.

Luego, la demandada, también aportó a la causa, el Decreto 1943 de fecha 1/11/11, por medio del cual, en consonancia con la Resolución 935/11, resolvió implementar en la Provincia "el proceso de regularización laboral docente para el Nivel Medio y Nivel Técnico y Formación Profesional" propiciado por el Consejo Provincial de Educación.

XI.- Todas estas consideraciones permiten advertir que la "titularización" pretendida por el accionante en los términos propuestos en la demanda, no tiene cabida ni desde la óptica normativa en la que sustentó su derecho, ni tampoco –ahora- en este nuevo escenario, desde las posibilidades de la judicatura, pues implicaría tanto como suplantar a la Administración en el proceso de regularización dado por los actos citados.

Así, frente al nuevo contexto, es claro que la situación del actor debe encontrar solución en sede administrativa y bajo el amparo y alcances de la Resolución 0935/11 y del Decreto 1943/11.

A todo evento, también vale advertir que, para que resulte viable una pretensión como la que, en definitiva, se persiguió en esta causa, debería acreditarse que, llevado a cabo dicho proceso y reunidos todos los requisitos

establecidos para obtener la regularización de su situación de conformidad con las pautas previamente fijadas para ello, el accionante resultó arbitraria o ilegítimamente omitido por la autoridad competente.

XII.- Conforme a todo lo expuesto, no cabe más que desestimar la acción intentada por el Sr. Gattafoni, restando meritar lo atinente a las costas del proceso.

En relación a ello, el nuevo contexto normativo brindado por el CPE y los fundamentos que se esgrimieron para dictar esos actos (entre ellos, mora en los llamados a concursos, o en los ofrecimientos, la referencia a la Ley 26.206 y el "Acuerdo Paritario Nacional Docente", homologado por el Decreto 134/9 y el compromiso asumido en el seno del Consejo Federal de Educación, en cuanto a que dentro del proceso de transformación educativa, resulta imprescindible garantizar la estabilidad laboral de los docentes que se encuentran funciones de manera interina) permiten considerar que el accionante ha tenido justificadas razones para litigar del modo en que lo hizo, y desde dicho vértice se justifica que las costas sean impuestas en el orden causado (art. 68 segunda parte del CPCyC, de aplicación supletoria). MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: por adherir al criterio del Dr. Moya es que voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Rechazar la demanda incoada por el señor NÉSTOR EDUARDO GATTAFONI contra el CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACIÓN; 2°) Costas en el orden causado (art. 68 segunda parte del C.P.C. y C. y 78 de la Ley 1305); 3°) Regular los honorarios profesionales de la acción a los Dres. ..., patrocinante del actor, en la suma de pesos seis mil doscientos ($6.200) (arts. 6, 9, 10, 35 y ccdtes. de la ley arancelaria vigente); 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente, archívese.

Con lo que se dio por finalizado el acto que previa lectura y ratificación, firman los Magistrados presentes por ante la Actuaría, que certifica.

DR. RICARDO TOMAS KOHON - DR. EVALDO DARIO MOYA

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"CONTRERAS SERGIO RICARDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2513/2008) – Acuerdo: 102/15 – Fecha: 14/12/2015

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ENFERMEDAD INCULPABLE. PERSONAL POLICIAL. CURSO DE ENTRENAMIENTO. DAÑOS Y PERJUICIOS. NEXO CAUSAL. ENFERMEDAD NO ATRIBUIBLE AL ACCIDENTE DE TRABAJO. AUSENCIA DE NEXO CAUSAL.

1.- Corresponda desestimar la acción resarcitoria pretendida por el actor, agente de Policía de la Pcia. de Neuquén, por los daños sufridos luego de participar en un curso de entrenamiento dictado por la Policía de la Provincia. Ello así en virtud de que no se logra probar el nexo causal adecuado entre la conducta imputada a la demandada y el daño padecido. Se señaló que el evento sufrido por el actor, al que refiere el

perito (insuficiencia renal aguda por rabdomiolisis) fue atendido por la ART y por ello, dado de alta sin incapacidad. Luego, la miositis -que también señala el perito- fue detectada en oportunidad de practicarse los tratamientos por el evento, y descripta como no atribuible al hecho denunciado.

2.- […] La participación en el curso de Técnicas Operativas Policiales no era por sí sola apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. El resultado nocivo no era previsible. Por el contrario, a fs. 386 obra informe del Departamento de Seguridad Metropolitana que señala que "no existen constancias de certificados médicos con diagnósticos similares a la enfermedad padecida por el Cabo SERGIO RICARDO CONTRERAS".

Texto completo:

ACUERDO Nº 102. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales Titulares, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "CONTRERAS SERGIO RICARDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 2513/2008, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado el Doctor RICARDO KOHON dijo: I.- Que a fs. 17/23 se presenta SERGIO RICARDO CONTRERAS, por derecho propio, con patrocinio letrado e inicia acción judicial contra la Provincia de Neuquén por daños y perjuicios reclamando la suma de $650.000 con más sus intereses y costas.

Relata que ingresó a trabajar en la Policía de la Provincia en el año 1997 desempeñándose en distintas reparticiones policiales. Refiere que en el 2004 se encontraba trabajando en la Dirección Metropolitana cuando la Jefatura de Policía aprobó un curso de Técnicas Operativas Policiales que debía realizar de acuerdo a los reglamentos de la fuerza. Dice que el curso consistía fundamentalmente en capacitación para actuar en caso de operativos de disuasión o de acción ante hechos de violencia concretos, y resultó ser un exigente régimen de trabajos físicos, comúnmente conocidos en la jerga policial y militar como "bailes": castigos físicos que se propinaban a los concursantes, en especial en horario diurno y durante el mes de febrero con temperaturas superiores a los 30 grados y sin la posibilidad de hidratarse.

Destaca que el curso comenzó con 40 agentes y por su rigurosidad desertaron más de la mitad.

Alega que el 9 de febrero de 2004 sufre un cuadro de mialgias y vómitos que le impidieron seguir con la capacitación y, en virtud de su complejidad, concurrió a la Clínica Pasteur donde la Dra. María Isabel Ruiz, a cargo del Servicio de Clínica Médica, decidió su internación.

Alude a las constancias de la historia clínica. Acota que, a pesar de la amplia hidratación y alcalinización realizada por los profesionales médicos, se comprobó un deterioro progresivo de la función renal y se le practicó un tratamiento de hemodiálisis.

Dice que recién el 28 de febrero se decidió el alta del sanatorio y el 3 de marzo se suspendió la diálisis.

Informa que la rabdiomilisis es un fenómeno que es desencadenado en forma aguda o subaguda y produce necrosis de las células del músculo esquelético cuando estas son sometidas a esfuerzos, traumatismos, etc.

Afirma que la causa exclusiva y excluyente de esta enfermedad fue el esfuerzo físico producido durante el "baile" al que fue sometido por los severos instructores a cargo del curso de capacitación, a quienes les imputa un actuar ilegítimo (conf. fs. 19).

Alega que la existencia de la relación causal, generada por la violencia física y psíquica sufrida permite inferir, sin margen de error, que tal hecho produjo semejante resultado y es presupuesto para iniciar la presente acción de daños y perjuicios contra el Estado Provincial.

Expresa que, como surgirá de la prueba, desde la fecha en que ocurrió el hecho se encuentra con licencia por enfermedad, salvo breves lapsos que realizó tareas pasivas.

Transcribe la conclusión de la última Junta Médica que le realizó la fuerza policial, el 30 de abril de 2008, donde se determinó su "Diagnóstico: rabdomiolisis, con posterior insuficiencia renal aguda, post esfuerzo físico intenso. Reconocido como accidente laboral, asistido por la ART a partir del 12/02/04 realizó tratamiento con hemodiálisis las que fueron suspendidas a partir del 1/03/04. Además miositis inflamatoria idiopática. Actualmente se encuentra en tratamiento con el Dr. Homse (reumatólogo). Se presenta en el día de la fecha con un certificado médico firmado por su médico tratante, fechado el 24/07/07 donde dice que "indico permanecer en reposo hasta el 11/05 debido a síntomas provocados por polimiositis". Relata que siente debilidad muscular progresiva, mareos, náuseas, sensación de falta de aire, etc. Dado el diagnóstico presentado, la evolución que ha tenido la enfermedad y su estado actual esta Junta Médica dictamina que el causante debe hacer reposo laboral hasta nueva Junta Médica que se realizará el 29/6/07".

Denuncia que se encuentra físicamente con debilidad muscular, mareos, falta de aire y que, lamentablemente, en vez de notar una mejoría, su estado de salud se agrava con consecuencias, en un futuro no muy lejano, totalmente inciertas.

Agrega que existe un nexo causal entre el ejercicio físico abusivo al que fue sometido por los instructores policiales y el crítico estado de salud causado por esa actividad, que persiste con un agravamiento constante.

Describe y fundamenta los daños cuya indemnización reclama.

Estima, en concepto de daño emergente, la suma de $50.000 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse.

En concepto de incapacidad sobreviniente estima la suma de $450.000, y por daño futuro, solicita sea estimada al momento de sentenciar de acuerdo a lo que fije la pericia médica.

Por daño moral estima la suma de $150.000.

Funda en derecho (art. 1109 y ccdtes. del Código Civil, Código Procesal y leyes y reglamentaciones de la Policía de la Provincia). Ofrece prueba.

II.- A fs. 42, mediante R.I. 6906, se declara la admisión de la acción.

III.- Ejercida la opción por el proceso ordinario y corrido el traslado de la demanda, a fs. 50/51, comparece la Provincia de Neuquén y la contesta. Solicita su rechazo, con costas.

Niega los hechos relatados por el actor.

Señala que el actor en un absurdo intento argumental intenta responsabilizar a la Provincia, sin siquiera acompañar prueba respaldatoria de sus dichos. Dice que el curso que menciona el actor era de carácter voluntario, no obligatorio como alega éste, por lo que si requería una exigencia física para la cual el actor no estaba preparado no hay otro responsable que él mismo por las consecuencias que ello le haya producido.

Refiere que como surgirá de la prueba pericial, las patologías que posee el actor ninguna relación causal tienen con un esfuerzo físico, por lo que no es reprochable a la Provincia daño alguno a causa del hecho objeto de autos.

Relata que al momento del hecho se realizó la correspondiente denuncia ante la ART Consolidar, la cual tomó intervención otorgándole el alta médica el 06/09/04, rechazando el reclamo del actor, por no configurar accidente de trabajo en los términos del artículo 6 de la Ley 24.557, sugiriéndole que canalice la atención médica por su obra social.

Agrega que ante el rechazo de la ART el actor no recurrió dicha decisión ante la Comisión Médica N° 9, quedando firme por lo tanto la resolución que rechaza su reclamo.

Alega que es tarea del actor demostrar que no existiría su dolencia de no haber mediado la capacitación, como así también que no era de carácter voluntario.

Impugna los rubros y los montos reclamados.

Solicita se cite en garantía a los efectos de integrar la litis a CONSOLIDAR ART S.A.
Ofrece prueba.
IV.- A fs. 58 mediante RI 153/10 se resuelve citar a CONSOLIDAR ART S.A. en los términos del art. 94 del CPCyC, que comparece a fs. 66/72, por apoderado.
Reconoce que celebró un contrato de afiliación en los términos de la Ley 24.557 con la Provincia de Neuquén, vigente desde el 1 de julio de 2001 hasta la fecha de responde -18/6/10- y describe sus cláusulas.
Opone la defensa de prescripción, para ser resuelta con el fondo del asunto, respecto al hecho que se denuncia que aconteció el 9 de febrero de 2004.
Considera que ha transcurrido en exceso el plazo bianual fijado por el art. 4037 del Código Civil para el ejercicio de la acción.
Indica que la acción no sólo es improcedente e infundada sino que además debe declararse prescripta.
Cita jurisprudencia y doctrina.
Manifiesta que el legislador en la materia optó por una prescripción breve (bienal conforme el art. 256 de la LCT) prohibiendo su modificación por vía de convenciones individuales o colectivas, pero receptando los institutos de interrupción o suspensión, sin que el actor haya acreditado que ejerció alguno de ellos.
Opone defensa de "no seguro" por no cobertura de reclamos con fundamento en las normas del derecho común.
Refiere que la cobertura otorgada por su parte a la empleadora del actor se encuentra limitada al otorgamiento de las prestaciones en especie y dinerarias establecidas en la LRT.
Indica que ese es el aspecto que deberá determinarse, en cuanto al alcance del contrato de afiliación celebrado con la Provincia de Neuquén; esto es, si ofrece cobertura por este tipo de reclamo o si, por el contrario, dicho contrato se limita a las obligaciones de la ART establecidas en la LRT y sus normas reglamentarias, las que ya han sido cumplidas.
Niega expresamente que su parte hubiese celebrado, a partir del 1 de julio de 1996 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 24557 y de inicio de la existencia jurídica de su parte) un contrato asegurativo que ampare como riesgo cubierto la eventual responsabilidad civil que pudiere corresponderle a la demandada por los infortunios laborales sufridos por el personal en relación de dependencia y, menos aún, el reclamo por el derecho común que intenta el actor.
Precisa las funciones de la ART, conforme la Ley 24557 y sostiene que, de ningún modo puede ser citada o emplazada en juicio por pretensiones que exceden dicho marco. Dice que no puede ser obligada al pago de una indemnización que excede de las previstas por la Ley de Riesgos del Trabajo.
Cita jurisprudencia.
Concluye que la citación entablada por la demandada, deviene improcedente y corresponde hacer lugar a la defensa opuesta porque su parte no cubre los reclamos extra sistémicos de la Ley de Riesgos del Trabajo. Plantea formalmente la defensa de falta de legitimación pasiva.
Subsidiariamente contesta la demanda. Efectúa la negativa formal de los hechos expuestos, a excepción de los reconocidos, tal como que su parte recibió la denuncia el 16 de febrero de 2004 por un accidente de trabajo que habría sufrido el actor el 12/02/04 y brindó las prestaciones en especie y dinerarias correspondientes hasta su alta médica el 6 de septiembre de 2004 por el fin de su tratamiento.
Impugna la liquidación de los daños planteada en la demanda por excesiva, infundada e irrazonable.
Desconoce documental. Ofrece prueba.
Efectúa reserva de caso federal.
V.- A fs. 85 se abre la causa a prueba, clausurándose el período de prueba a fs. 445 oportunidad en que se colocan los autos para alegar. A fs. 451/455 obra agregado alegato de la actora.
VI.- A fs. 463/470 se expide el Sr. Fiscal General Subrogante, quien propicia se haga lugar a la demanda.
VII.- A fs. 470 se llama autos para sentencia.
VIII.- El objeto de esta acción se circunscribe a establecer si ha existido un accionar antijurídico del estado que comprometa su responsabilidad y origine la obligación de indemnizar los daños que dice padecer el actor.
En términos generales, para que exista responsabilidad del Estado se exige que:

a) éste haya incurrido en una falta de servicio, b) el actor haya sufrido un daño cierto y c) exista una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos: 328:2546).

IX.- De la documentación acompañada surge que el actor es dependiente de la Policía Provincial. Además, de la Resolución N° 115/04 de fecha 17 de enero de 2004 (fs. 197) se desprende que se implementó un curso de Técnicas Operativas Policiales destinado a personal del Departamento de Seguridad Metropolitana de Neuquén y Comisaría 5 de Centenario, sin distinción de jerarquía, asistencia obligatoria con el 100% de presentismo y desafectado al servicio; autorizándose el dictado con una duración de seis días, a desarrollarse entre el 19 de enero y el 14 de febrero de 2004, jornadas de 8.00 a 21.00 hs. de lunes a sábado en cuatro convocatorias de 20 efectivos cada una.

La nota de fs. 199 da cuenta de que el actor participó del curso el día 9 de febrero de 2004, sin hacerlo el 10 de febrero, invocando razones de salud.

Por su parte, el testigo Christian Omar Segura Contreras, compañero del actor, que participó del curso, a fs. 280 declara: "… resultó ser un curso más táctico que técnica, porque hubo mucha exigencia física en el curso, aparte de la exigencia estaba lo psicológico … a Contreras lo bailaron bastante por la contextura, por su físico, después en una oportunidad cayó y lo tuvimos que atar para ir tironeándolo así lo llevábamos a hacer las prácticas, no había mucha agua, no nos daban mucho líquido porque aducían que nos iba a hacer mal … no fue una sola vez que Contreras estuvo mal … Contreras se descompensó la primer vez en el predio de DESPO, que lo había apartado un poco y cuando volvió ya vino más cansado, no le daba el físico, después en el camino cuando íbamos a la chacra La Japonesa, que queda en la calle Obrero Argentino al fondo, me acuerdo que bajamos por Obrero Argentino y dimos vuelta para la esquina y ahí fue cuando el instructor este Romero le dijo que era un "gordo de m….", "que no se la bancaba", … ahí fue cuando lo atamos y que lo ayudemos nosotros a llegar a la chacra, creo que entrando a la chacra de La Japonesa que se volvió a desplomar"… "que en ningún momento lo atiende personal médico, eso fue el primer día y el segundo día también fue lo mismo y yo no vi que lo trasladaran a ningún centro de atención ni que lo viera ningún médico …".

A fs. 375 obra copia certificada del informe remitido por el Comisario Inspector Elgueta al Director de Seguridad –fechado el 16 de febrero de 2004- en el que da cuenta sobre la situación del Cabo Sergio Ricardo Contreras.

Informa allí que el actor participó de las prácticas llevadas a cabo el día 9 de febrero de 2004, en su cuarta convocatoria. Agrega que el día 10 no concurrió, acompañando su esposa un certificado médico expedido por el Dr. Juan Manuel Sosa con diagnóstico: "mialgia", por un lapso de 24 hs. Refiere que el día 11 se presentó al servicio retirándose de franco a las 14,01. Y luego el 12 de febrero la esposa comunica por teléfono que el Cabo Contreras se encontraba internado en la Clínica Pasteur, presentando un certificado médico expedido por el Dr. Mauricio Leo siendo el diagnóstico: "litiasis vesicular". Agrega que el mismo día alrededor de las 21 hs. le informan de Dirección de Personal que el cabo tenía un problema renal a causa de la exigencia del cursado.

Con relación a la práctica llevada a cabo, el mismo Comisario Inspector informa: "que el lunes 9 del corriente de 8,15 a 09 hs., de 09,05 a 09,50 hs. y de 09,55 a 10,40 hs. tuvieron la clase teórica de procedimiento con "Rehenes", de 10,40 a 11,05 hs. tuvieron el refrigerio; de 11,10 a 11,55 hs. y de 12,00 a 12,45 hs. la clase teórica y práctica de "Uso y Manejo de Pistola". Agrega que en los recesos el personal concurría al baño y se hidrataba. Y refiere que "de 13,00 a 14,30 hs. el personal de cursantes ingirieron el almuerzo, el cual consistía al igual que en todo el cursado, en viandas elaboradas y abonadas por la Jefatura de Policía, con una gaseosa por comida". Continúa relatando que "posteriormente se trasladó a todos los cursantes en móviles de este Departamento hasta la cancha que se encuentra en la parte posterior del Departamento Uespo y el lunes de hs. 15 a 16,00 hs. tuvieron la clase de nudos y arneses, clase ésta realizada en el lugar mencionado a la sombra; posteriormente de 16,05 a 17,05 hs. el suscripto dictó la clase de "Defensa Policial" en el mismo lugar, al finalizar este bloque y al igual que en el bloque anterior, el personal concurrió al baño y se hidrató". Y agrega:

"Finalizada la clase de "Defensa Policial", se preparó a los concursantes y junto a los instructores, trotamos hasta el predio conocido como chacra de Los Japoneses, que se encuentra a unos dos mil metros del lugar, al arribar a este predio se hizo recuperar a todos los cursantes como así la hidratación correspondiente". "Posteriormente y en bloques

de una hora se dictó la parte práctica de Disuación Social que estuvo a cargo del suscripto, y entre bloque y bloque el personal se hidrata, aclarando que cada cursante llevó su botella de agua y además se reforzó con dos bidones de diez litros cada uno para reponer el líquido elemento". "Luego de la instrucción de Disuación Social, alrededor de las 20 hs. se retornó trotando hasta el predio de la Despo, donde se realizaron trabajos de elongación y de relajación, requiriéndose dos vehículos carrozados para trasladar al personal de cursantes hasta el asiento de este Departamento, arribando a las 21,05 hs. y posteriormente se arrió el pabellón nacional, se higienizaron y a las 21,50 hs. se retiraron de franco todos los cursantes"". Agrega que "se iniciaron las actuaciones correspondientes, pero … no se denunció ante la ART en forma inmediata el día 10 ni el día 11 de febrero" (tex).

Y el testigo Roberto Troncoso, policía instructor del primer curso, señala que "se trataba de enseñar técnicas operativas policiales, esto es todo lo que es relacionado a procedimiento, actividades de rescate y el 70 u 80% del curso estaba orientado a control de disturbios … teniendo en cuenta de que se formaba personal para el control de disturbios y tareas de riesgo el curso tenía una parte de rigor diferente a la capacitación que recibe cualquier otro policía, era exigente en cuanto a las técnicas porque abordaba durante una semana muchos conocimientos, la mayoría de estos conocimientos eran de actividades prácticas, de habilidades y destrezas … Durante el cursado se tenían refrigerios los cursantes y al mediodía se les daba el racionamiento…" (conf. fs. 442).

De lo referenciado hasta aquí es posible tener por acreditado que el actor participó del entrenamiento el día 9 de febrero de 2004, no lo hizo el día 10, concurriendo al servicio el día 11, siendo finalmente internado el día 12 de febrero.

Por su parte, la testigo médica Elsa Graciela Giarrocco, a fs. 277 declara: "fue paciente mío … desarrolló una insuficiencia renal aguda por rabdomiolisis y requirió hemodiálisis … previo al desarrollo de la insuficiencia renal se registró un ejercicio intenso". Y luego agrega: "en cuanto a la insuficiencia renal, él hizo un período de hemodiálisis y recuperó función renal, desconozco al momento que función renal tiene".

En lo que respecta a la internación, a fs. 226/227 obra agregado el resumen de historia clínica suscripto por la Dra. María Isabel Ruiz –reconocido en la declaración testimonial de fs. 309-. Allí, la Dra. Ruiz da cuenta de que el actor fue internado el 12 de febrero de 2004 por dolor abdominal, vómitos y diarrea en las últimas 24 horas, con el antecedente de haber estado expuesto a ejercicio físico muy intenso 24 horas previas a la consulta, siendo externado el 23 de febrero con diagnóstico de insuficiencia renal aguda secundaria a rabdomiolisis.

A fs. 211 obra resumen de historia clínica de Dialiquén S.A., suscripta por la Dra. Giarrocco que da cuenta que fue sometido a diálisis, y se dializó por última vez el 1/3/2004, recuperando la función renal, sin perjuicio de lo cual debe permanecer en tratamiento conservador.

A fs. 67 del expediente Nro. 3200-003567/2007 se ha agregado INFORME MEDICO LABORAL, en donde en presencia de los médicos del Departamento de Policía se determina como DIAGNOSTICO: "RABDOMIOLISIS, CON POSTERIOR INSUFICIENCIA RENAL AGUDA, POST ESFUERZO FISICO INTENSO, ACTUALMENTE RECONOCIDO COMO ACCIDENTE LABORAL, ASISTIDO POR ART. REALIZO TRATAMIENTO CON HEMODIALISIS LAS QUE FUERON SUSPENDIDAS A PARTIR DEL 01-03-04. ACTUALMENTE CONTINÚA SIENDO ASISTIDO POR LA ART. REALIZANDO ESTUDIOS COMPLEMENTARIOS, A LA FECHA DISPONEMOS DE BIOPSIA MUSCULAR INFORMADA EL 08-06-04 CUYA CONCLUSION ES: LA ESTRUCTURA HISTOQUIMICA ESTA RELATIVAMENTE PRESERVADA, DEBERA COMPLETARSE ESTUDIOS" (sic).

Luego, a fs. 248 obra copia del ALTA MEDICA de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo que da cuenta que el actor fue dado de alta el 6/9/04 con diagnóstico de RABDOMIOLISIS, por finalizar su tratamiento sin incapacidad, reiniciando su actividad laboral el 7/9/04. Al describir las características del retorno a la actividad se detalla que debe realizar tareas adecuadas por padecer además Miositis Inflamatoria Idiopática, señalando el profesional interviniente que por su patología inculpable deberá continuar tratamiento y/o control con reumatólogo. El Alta médica fue notificada al actor conforme constancia obrante al pie del formulario de fs. 248.

En esa oportunidad la ART CONSOLIDAR que interviniera en el siniestro denunciado por la demandada, comunicó a la empleadora que "el trabajador indicado en la referencia está de alta médica con fecha 06.09.2004 por la patología consecuente del siniestro denunciado a esta Aseguradora. Sin perjuicio de ello y atento que durante el tratamiento efectuado se le ha detectado una patología no atribuible al hecho denunciado, ponemos en vuestro conocimiento

que esta Aseguradora y vuestra empresa, carecen de responsabilidad alguna sobre dicha patología, debiendo canalizar su atención a través de la Obra Social. Asimismo se informa que ante cualquier divergencia al respecto e trabajador deberá dirigirse a la Comisión Médica correspondiente a su Jurisdicción" (conf. fs. 249).

La misma comunicación fue cursada al actor, que aun cuando afirma que no la recibió, le fue notificada personalmente conforme Acta obrante a fs. 104 del expediente Nro. 3200-003567/2007.

Con posterioridad al alta médica, en fecha 12 de noviembre de 2004, el actor denuncia una nueva situación y conforme formulario agregado a fs. 263 refiere: "plantea problemas de salud con el accidente laboral anterior persistiendo las molestias".

A este requerimiento, la ART comunica: "al respecto se informa que atento que el hecho denunciado no configura "accidente de trabajo" en los términos del art. 6 de la Ley 24.557, se ha procedido a su rechazo" (fs. 264).

Esto también fue comunicado al actor conforme constancias de fs. 106 del expediente administrativo antes referenciado.

Luego de ello se sucedieron diversos informes de Junta Médica que dan cuenta de que el actor continuó siendo asistido por su médico tratante, Dr. Daniel Homse, y luego por el Dr. Pérez Rincón, quien conforme certificado obrante a fs. 352 (25/2/09) describe la enfermedad como "de origen autoinmune".

La epicrisis agregada a fs. 298 de fecha 22 de mayo de 2007, al detallar la evolución, refiere: "Paciente con antecedentes de miositis de etiología incierta".

Así también, a fs. 350 obra Acta de Junta Médica realizada en fecha 27 de octubre de 2008 en la que se dictamina: DIAGNOSTICO: RABDOMIOLISIS Y MIOSITIS INFLAMATORIA IDIOPATICA, y carácter de la afección: INCULPABLE.

Hasta aquí es posible tener por acreditado que el actor participó del Curso de Técnicas Operativas en febrero de 2004, que fue asistido por accidente laboral por la ART con diagnóstico de RABDOMIOLISIS y luego dado de alta en septiembre de 2004 sin incapacidad, informándose que durante el tratamiento efectuado se ha detectado una patología no atribuible al hecho denunciado: MIOSITIS IDIOPÁTICA.

Este dictamen no fue observado por el actor, fue reiterado en sucesivos informes de junta médica y coincide con el diagnóstico dado por el médico tratante Dr. Homse (conf. certificado de fs. 257).

X.- Así las cosas, cabe analizar si existe relación de causalidad –en términos de causalidad adecuada- entre el hecho por el cual el actor le atribuye la responsabilidad a la demandada y las consecuencias dañosas por él sufridas.

Los jueces deben ser estrictos en la apreciación de la causalidad. "El régimen jurisprudencial de la responsabilidad estatal vigente en nuestro país no admite la presunción de causalidad. La relación de causalidad exige no sólo alegar sino aportar pruebas concluyentes que permitan establecer que entre la conducta estatal y el daño existe, con suficiente certeza, vínculo causal" (conf. Responsabilidad de los poderes públicos en el estado constitucional social de derecho: características y nuevas precisiones sobre la "relación de causalidad", por Patricio Marcelo Sammartino. Revista de Derecho Público, Año I N° 2, Ediciones Infojus).

En palabras de Bustamante Alsina, "La previsibilidad es el límite de la responsabilidad por el daño que se cause a un tercero, o sea que la idoneidad del hecho para adecuarle la consecuencia (teoría de la causalidad adecuada) está dada por la previsibilidad abstracta del resultado nocivo" (La relación de causalidad y la antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual, LL 1996-D-23).

En este sentido, la cuestión central es determinar si la participación en el curso de Técnicas Operativas Policiales era por sí solo apto para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas.

El dictamen pericial realizado por el Dr. José Andrés García señala que "el evento sufrido por el actor (insuficiencia renal aguda por rabdomiolisis) fue producido por el severo esfuerzo físico al que fuera sometido". Y luego agrega:

"Dentro de las consecuencias, pudo haber muerto. Actualmente presenta una miositis que le provoca una debilidad muscular generalizada por hipotrofias muscular y limitación generalizada de la movilidad".

Ahora bien, el evento sufrido por el actor, al que refiere el perito (insuficiencia renal aguda por rabdomiolisis) fue atendido por la ART y por ello, dado de alta sin incapacidad. Luego, la miositis -que también señala el perito- fue

detectada en oportunidad de practicarse los tratamientos por el evento, y descripta como no atribuible al hecho denunciado.

La pericia no resulta suficiente para enervar los dictámenes de la ART, la Junta Médica y los certificados médicos toda vez que ninguna referencia hace a la relación de causalidad entre el evento que fuera atendido como accidente laboral (y -se reitera- por el que fuera dado de alta) y la patología detectada en oportunidad del tratamiento correspondiente. Simplemente refiere a la rabdomiolisis (que fue tratada como accidente laboral y por la que el actor fue dado de alta), y la miositis (que la ART, los certificados médicos y las reiteradas juntas médicas califican como idiopática –que es un adjetivo usado primariamente en medicina, que significa de causa desconocida-, y con probable componente autoinmune, conforme certificado médico emitido por el Dr. Pérez Rincón –fs. 352-), sin establecer nexo de causalidad adecuada entre ambas.

A ello se agrega que el informe pericial fue impugnado tanto por la Provincia como por la ART CONSOLIDAR.

Lo referido complica seriamente el valor probatorio de la pericia.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido: "Los dictámenes periciales no son obligatorios para los jueces cuando las circunstancias objetivas de la causa aconsejan no aceptar totalmente sus conclusiones". (317:1716). Tal es el caso de autos, más aun cuando las conclusiones son erráticas.

Por otra parte, la calificación del accidente o enfermedad como inculpable desecha la relación de causalidad entre el evento referido por el actor como dañoso y la patología que padece.

Respecto a la calificación de "accidente en ocasión del trabajo" este Tribunal -en anterior composición- ya se ha expedido (Acuerdos N° 88/12 y N° 33/10). Y allí se dijo: "cabe preguntarse qué debe entenderse "en ocasión de trabajo". La respuesta es general para todo empleado, tanto de la actividad pública como privada. Se considera tal, toda incapacitación proveniente de accidente o enfermedad que se haya producido, contraído, agravado o reagravado en el trabajo; desechándose del alcance de la norma, todo aquel accidente o enfermedad que tenga origen o génesis en las llamadas "causas naturales", que mayormente son las congénitas que posee un individuo, y que en nada influye el ámbito laboral, en la incapacitación derivada de ellas".

Y aquí, a tenor de la calificación de IDIOPATICA que se le otorga a la miositis sufrida por el actor, no es posible tener certeza sobre la relación de causalidad existente entre el hecho calificado por el actor como dañoso y la enfermedad sufrida.

La participación en el curso de Técnicas Operativas Policiales no era por sí sola apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas.

El resultado nocivo no era previsible. Por el contrario, a fs. 386 obra informe del Departamento de Seguridad Metropolitana que señala que "no existen constancias de certificados médicos con diagnósticos similares a la enfermedad padecida por el Cabo SERGIO RICARDO CONTRERAS".

En consecuencia, la ausencia, en la especie de nexo causal adecuado entre la conducta imputada a la demandada y el daño sufrido, lleva a desestimar la pretensión resarcitoria, contra la Provincia de Neuquén, haciendo extensivo el rechazo a CONSOLIDAR ART S.A.

XI.- Finalmente, cabe destacar que la complejidad del caso convence que el actor vencido actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho defendido en el pleito. Ha tenido una razón fundada para reclamar. En virtud de ello, las costas serán impuestas en el orden causado, a excepción de las que corresponden a la intervención de CONSOLIDAR ART S.A., que serán a cargo de la Provincia de Neuquén toda vez que fue quien la citara a juicio. La regulación de honorarios se difiere para el momento en que existan pautas para ello. TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Kohon, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda interpuesta por SERGIO RICARDO CONTRERAS contra la PROVINCIA DEL NEUQUEN; 2°) Imponer las costas en el orden causado (art. 68 segundo párrafo del C.P.C.yC. y 78 Ley 1.305) a excepción de las que corresponden a la intervención de CONSOLIDAR ART S.A., las que se imponen a la PROVINCIA

DEL NEUQUEN; 3º) Diferir la regulación de honorarios para el momento en que existan pautas para ello; 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívense.

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

Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ D'ANDREA CARLOS S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3521/2011) – Acuerdo: 103/15 – Fecha: 14/12/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

EMPLEADO PUBLICO. HABERES PERCIBIDOS EN EXCESO. RECUPERO. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. INTERESES. COMPUTO. TASA PROMEDIO.

1.- Corresponde hacer lugar a la demanda promovida por la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén, en el marco del Decreto Nº 1494/02 -recupero por parte de la Administración de las sumas percibidas en más por sus agentes- condenando al demandado a repetir la suma pagada en exceso –de sus haberes-, pues, sabido es que el enriquecimiento sin causa actúa como un principio general del derecho, que, como tal, es inmanente a nuestro régimen jurídico, no siendo descartable su aplicación en la esfera administrativa (cfr. Acuerdo Nº 939, "Aroca", con cita de Acuerdo Nº 74/82, "Petrovial"). El fundamento de esta teoría se encuentra entonces, en un principio ético, a partir del cual, nadie se encuentra habilitado para obtener una ventaja patrimonial que no se conforme a la justicia y a la equidad.

2.- [...] tal como establece el art. 7 del Decreto Nº 1494/02, el recupero por parte de la Administración de las sumas percibidas en más, requería una previa notificación al agente y, en el caso, el emplazamiento fehaciente fue efectivizado a través de la carta documento recibida el 16/11/09, donde se le hizo saber que contaba con un plazo perentorio e improrrogable de 10 días hábiles para que abonara la suma debida. Entonces, la suma de $2.874,32 genera intereses desde del vencimiento de dicho plazo y, a los fines de su liquidación, se aplicará la tasa promedio entre la activa y pasiva del Banco Provincia del Neuquén.

Texto completo:

ACUERDO N° 103. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ D'ANDREA CARLOS S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 3521/11, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme el orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON, dijo: I.- Que a fojas 3/6 se presenta el Fiscal de Estado de la Provincia del Neuquén y promueve acción contra el Sr. Carlos D'Andrea.

Solicita se haga lugar a la demanda y se condene al reintegro de la suma que fuera abonada en exceso, que estima en $2.874,32 en concepto de capital con más sus intereses, desde la fecha de pago sin causa y las costas del juicio.

Expone los antecedentes fácticos que provocaron que el demandado perciba haberes en exceso y las gestiones pertinentes para el recupero de la deuda.

Refiere que ante la correspondiente intimación, el agente del Consejo Provincial de Educación guardó silencio y omitió pagar en plazo.

Alude a los fundamentos de la demanda, desarrollando los conceptos de pago por error y pago sin causa.

II.- Declarada la admisión del proceso, mediante R.I. N° 103/12 (fs. 11), el actor opta por el procedimiento ordinario (fs. 15).

III.- Corrido el traslado de la demanda (fs. 30), el accionado no se presentó.

IV.- A foja 34 se dispone la apertura de la causa a prueba y se clausura a fs. 68, poniéndose los autos a disposición de las partes para alegar.

V.- Pasadas las actuaciones en vista al Sr. Fiscal General propicia que se haga lugar a la demanda (fs. 71/72).

VI.- A foja 73 se dispone el llamado de autos, el que se encuentra a la fecha firme y consentido y coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VII.- Ahora bien, la actora acompañó el expediente administrativo N° 4025-05213/9, en el que consta la reliquidación de haberes del mes de enero, febrero y marzo del 2008, por $2.874,32, que habían sido abonados en exceso al agente del Consejo Provincial de Educación.

El agente fue intimado a pagar la deuda en cuestión, mediante carta documento, en el plazo de 10 días hábiles (cfr. fojas 24/25 del Expte. cit.).

Ante la falta de respuesta del empleado, se giraron las actuaciones a la Fiscalía de Estado, a fin de que iniciara la demanda de cobro por vía judicial, que motivara la formación de esta causa.

En consecuencia, las constancias administrativas recién reseñadas, que no han sido controvertidas en autos, dan suficiente respaldo a la pretensión actoral.

En este orden, sabido es que el enriquecimiento sin causa actúa como un principio general del derecho, que, como tal, es inmanente a nuestro régimen jurídico, no siendo descartable su aplicación en la esfera administrativa (cfr. Acuerdo N° 939, "Aroca", con cita de Acuerdo N° 74/82, "Petrovial").

El fundamento de esta teoría se encuentra entonces, en un principio ético, a partir del cual, nadie se encuentra habilitado para obtener una ventaja patrimonial que no se conforme a la justicia y a la equidad.

Tenemos entonces, que los requisitos para que proceda el enriquecimiento sin causa quedarán conformados a partir de la existencia del enriquecimiento de una parte, el empobrecimiento de la contraria; una relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, entrelazado todo ello, por la inexistencia de una causa lícita que justifique el enriquecimiento de uno y el correlativo empobrecimiento del otro.

Por lo tanto, procede la repetición promovida por la Fiscalía de Estado de la suma de $2.874,32, correspondiente a haberes pagados al demandado en demasía.

VIII.- En relación con los intereses de dicha suma, peticionados por la parte actora, cabe reiterar el criterio sentado en Acuerdos N° 33/13 y 54/13, por cuanto los mismos se deben desde la fecha en la que el demandado debería haber cumplido con la restitución de lo percibido.

Es que, tal como establece el art. 7 del Decreto N° 1494/02, el recupero por parte de la Administración de las sumas percibidas en más, requería una previa notificación al agente y, en el caso, el emplazamiento fehaciente fue efectivizado a través de la carta documento recibida el 16/11/09, donde se le hizo saber que contaba con un plazo perentorio e improrrogable de 10 días hábiles para que abonara la suma debida.

Entonces, la suma de $2.874,32 genera intereses desde del vencimiento de dicho plazo y, a los fines de su liquidación, se aplicará la tasa promedio entre la activa y pasiva del Banco Provincia del Neuquén.

En cuanto a las costas, no se aprecian motivos para apartarse de la regla, que es su imposición al demandado vencido (art. 68 del CPCy C). MI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: Adhiero en un todo a los fundamentos expuestos por el Dr. Kohon en su voto. Por estas consideraciones, emito mi voto en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Hacer lugar a la demanda promovida por la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén, condenando al Sr. Carlos D'Andrea a repetir la suma de $2.874,32, con más los correspondientes intereses, que se calcularán en la etapa de ejecución de sentencia, desde la fecha determinada según el considerando VIII y hasta que se haga efectivo el pago del capital, a la tasa promedio activa-pasiva mensual del Banco de la Provincia del Neuquén. 2°) Costas al demandado (art. 68 del CPCy C). 3°) Diferir la regulación de honorarios hasta que existan pautas para ello. 4°) Regístrese, notifíquese.

Con lo que se dio por finalizado el acto que previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes, por ante la Actuaría, que certifica.

Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"CARPAS D'ANGIOLA S.R.L. C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3441/2011) – Acuerdo: 104/15 – Fecha: 14/12/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Contratos administrativos.

LICITACION PÚBLICA. LEY DE ADMINISTRACION FINANCIERA Y CONTROL. REGLAMENTO DE CONTRATACIONES. PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES. FUNCION. PLAZO DE ENTREGA. INCUMPLIMIENTO DE LAS ESPECIFICACIONES TECNICAS. RECEPCION PROVISORIA. REEMPLAZO. MORA EN EL CUMPLIMIENTO. MULTA. MORIGERACION.

Es parcialmente procedente la demanda que impugna por ilegitimidad la Resolución N° 217/11 dictada por la Presidencia de la Legislatura Provincial donde se le retiene al actor, quien había resultado adjudicatario de la Licitación Pública N° 01/10 destinada a la adquisición de cuatro carpas de tipo colectivas con estructura de hierro, la suma de $ 170.301,81 en concepto de multa por mora: 61 días transcurridos entre el 23 de septiembre de 2010 (vencimiento del plazo de entrega) y el 29 de noviembre de 2010

(cumplimiento de entrega de la mercadería). Ello así pues, del curso del procedimiento de contratación surgen dos conclusiones: 1) la actora no dio cumplimiento acabado a lo comprometido en el pliego de condiciones en tiempo oportuno: las lonas con las especificaciones técnicas correspondientes se entregaron el 29 de noviembre de 2010 y no el 23 de septiembre como era el plazo establecido; 2) la Legislatura utilizó las carpas con las otras lonas hasta la oportunidad en que se entregaron las comprometidas. En consecuencia, la multa aparece como legítima pero, a la luz de la conducta de las partes, lo establecido en el acta de fecha 6 de octubre de 2010 -en donde el actor se compromete a reemplazar las lonas existentes en las carpas, por otras que reúnan todas las especificaciones técnicas según pliego de bases y condiciones, antes del 30 de noviembre de 2010- , el cumplimiento efectivo el 29 de noviembre y la utilización de las lonas –aunque sin las especificaciones técnicas comprometidas- corresponde morigerar la sanción y reducirla al 50% de la suma retenida.

Texto completo:

ACUERDO N° 104. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los catorce días del mes diciembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "CARPAS D'ANGIOLA S.R.L. C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION
PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 3441/11, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- Que a fs. 13/19 se presenta CARPAS D'ANGIOLA S.R.L. por apoderado e inicia demanda impugnando por ilegitimidad la Resolución N° 217/11 dictada por la Presidencia de la Legislatura Provincial y sus actuaciones antecedentes.
Refiere que la acción judicial persigue la declaración de ilegitimidad de las actuaciones impugnadas, su anulación judicial y el restablecimiento del derecho con la condena a restituir la suma retenida de $170.301,81 con más sus intereses. En subsidio, y para el caso que se considere legítima la retención que se cuestiona, se solicita la condena al pago del empobrecimiento incausado sufrido por su parte y aprovechado por la Provincia del Neuquén, con más los intereses correspondientes.
Relata que como surge de los antecedentes administrativos, a través del expediente N° 001-12146/10 tramitó la Licitación Pública N° 1/10 por la cual la Legislatura de la Provincia adquirió cuatro carpas de tipo colectivas con estructura de hierro, que serían dispuestas para actividades varias en el marco de los festejos del bicentenario y luego quedarían en el patrimonio provincial a fin de ser utilizadas cuando resultare necesario.
Dice que de acuerdo a lo estipulado en la contratación, hizo entrega de las carpas, que fueron recibidas por la administración en forma provisional el 23 de septiembre de 2010 y sometidas al análisis técnico de la comisión respectiva, la que dictaminó deficiencias en sus cubiertas porque no tenían el peso por metro cuadrado exigido (entre 800 y 850 gramos) y carecían del tratamiento "autoextinguible" requerido por el pliego.
Agrega que en función de lo observado, mediante acta convenio del 6 de octubre de 2010 se acordó que la proveedora sustituiría al 30 de noviembre de 2010 las lonas en cuestión y que mientras tanto la Provincia de Neuquén podría utilizar aquellas proveídas para los eventos que necesitara darles aplicación.
Continúa relatando que llegado el mes de noviembre se cumplió la provisión, procediéndose al recambio de las lonas que venían siendo utilizadas allí y montando las nuevas sobre las estructuras ya recepcionadas en septiembre.

Dice que en noviembre de 2010 emite la Factura B N° 0001-00005675 por la suma de $1.116.733,20 correspondiente al precio convenido por las cuatro carpas y sin facturar las lonas nuevas que habían sido utilizadas durante los meses de septiembre, octubre y noviembre que luego fueron suplantadas.

Destaca que cuando la Provincia recepciona las carpas en septiembre, procede a su análisis y no las devuelve porque no cumplían los requerimientos de peso y tratamiento sino que en acuerdo con la proveedora decide tomarlas para sí y aprovecharlas por dos meses hasta tanto fueran entregadas las de reemplazo.

Refiere que contrató un seguro de responsabilidad civil especial con Federación Patronal S.A. a fin de mantener indemne a la Provincia por los eventuales daños que ocurriesen con las carpas durante esos dos meses.

Dice que no obstante lo señalado, cuando llegó el momento del pago de la factura emitida, la Provincia de Neuquén descontó del mismo la suma cuya restitución se persigue ($170.301,81) alegando la entrega en mora de las lonas contratadas.

Reconoce que las lonas definitivas se entregaron tiempo más tarde de lo previsto en el contrato (noviembre), pero atendiendo al acuerdo arribado en octubre –en el que se había cedido la utilización y aprovechamiento de las lonas originales entregadas en septiembre- y a que la Provincia de Neuquén había aprovechado esos bienes, se interpuso el primer reclamo cuestionando la retención producida.

Entiende que, o había mora y la sanción era procedente, en cuyo caso existiría enriquecimiento incausado por la utilización de las lonas entregadas en septiembre; o la sanción careció de causa, porque se acordó que la privación que implicaría la mora en las lonas fuese saneada mediante la cesión del uso de las lonas efectivamente provistas en septiembre.

Agrega que no existió perjuicio alguno en la comitente y por ello la multa impuesta carecía de causa.

Refiere que su parte sufrió un doble perjuicio porque a la vez que proveyó durante dos meses las telas aprovechadas por la Provincia para la satisfacción de sus necesidades, no percibió la totalidad del precio por aquellas que finalmente entregó en el mes de noviembre de 2010.

Agrega que el costo del alquiler de las carpas implicaba, a aquella fecha, un monto aproximado de $230.000, que en pos de la preservación del contrato fue bonificado sin esperar nunca que sobre ello la demandada pretendiese además cobrar la multa.

Destaca que la administración ejerció sus prerrogativas cuando impuso la multa y a la vez aprovechó de la concesión obtenida por el acuerdo del 6 de octubre de 2010.

Finalmente, hace referencia a la ilegitimidad en el modo de cálculo de la multa. Dice que aplicando el art. 71 del reglamento de contrataciones, el cálculo de la multa nunca pudo proceder sobre la totalidad del precio del contrato, sino únicamente sobre la diferencia de precio entre las lonas de que ya gozaba la administración pública y las nuevas que arribaron a la ciudad de Neuquén el 23 de noviembre de 2010.

Acompaña documental.

II.- A fs. 34, mediante RI 114/12 se declara la admisión del proceso.

III.- Ejercida la opción por el proceso ordinario (fs. 36) y corrido traslado de la demanda, a fs. 46/52 contesta la Provincia de Neuquén, mediante apoderados, con el patrocinio letrado del Fiscal de Estado.

Luego de realizar las negativas de rigor reconoce que se llamó a licitación pública para adquirir e instalar en el espacio DUAM cuatro carpas, resultando adjudicataria la firma actora por $1.116.733,20.

Detalla las constancias del expediente sobre la licitación y apunta que a fs. 219 la empresa adjudicataria se dirige en fecha 4-10-10 a la Legislatura expresando que procedería a ajustar la provisión del material remitido a las especificaciones técnicas, y que la empresa asumía los costos que resultaran de la sustitución del material.

Reconoce las demás circunstancias apuntadas por la actora referidas al acuerdo del 6 de octubre de 2010 y la entrega definitiva de las carpas en fecha 20-11-10.

Reitera los argumentos expuestos en los actos impugnados por la actora.

Agrega que la autorización para el uso de las carpas se acordó sin cargo alguno, por entender en aquel momento el proveedor la gravedad del incumplimiento y su intención de evitar la pérdida de la garantía de la adjudicación.

Señala que la explicación brindada por la administración contiene fundamentos suficientes que no dejan lugar a dudas sobre la legitimación de la retención por mora, estando fundados los motivos en el proceder moroso del actor y en las potestades sancionatorias que tenía la Legislatura, las cuales fueron voluntariamente aceptadas por el actor al aceptar el pliego licitatorio.

Dice que no es cierto que la administración hubiese aprovechado del material provisto por la actora y que hubiese utilizado luego la prerrogativa de imponer una multa. No se pactó en el acta que se eximía a la actora de posibles sanciones por incumplimiento o cumplimiento tardío. Agrega que las lonas quedaron en poder de la Legislatura por decisión de la contratista, quien eligió esa opción para evitar una consecuencia mayor como la pérdida de la garantía de adjudicación o la resolución contractual.

IV.- A fs. 57 se abre la causa a prueba y a fs. 122 se clausura el período de prueba y se colocan los autos para alegar. A fs. 124/129 obra agregado alegato de la actora.

V.- A fs. 132/139 se expide el Sr. Fiscal General propiciando se admita parcialmente la demanda y se reconozca a la actora una suma de dinero en concepto de indemnización.

VI.- A fs. 143 se dicta la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VII.- Así las cosas, puede comenzarse el análisis señalando que conforme las constancias del Expediente Nro. 001-12146/10 Alcance 00 (Licitación Pública N° 01/10), mediante Resolución N° 289 del 28 de julio de 2010 la Presidenta de la Honorable Legislatura resolvió APROBAR las actuaciones realizadas con motivo de la Licitación Pública N° 01/10 y ADJUDICAR a la firma CARPAS D'ANGIOLA S.R.L. el renglón N° 1 global, por única oferta, ajustarse a lo solicitado según informe técnico obrante a fojas 182 y ser sus precios convenientes a los intereses fiscales, por la suma total de pesos un millón ciento dieciséis mil setecientos treinta y tres con veinte centavos ($1.116.733,20).

En este contexto se emitió la Orden de compra N° 162/10 en fecha 28 de julio de 2010, fijándose como fecha de entrega cuarenta días hábiles y vencimiento el 23 de septiembre de 2010.

Conforme constancias de fs. 211 en fecha 23 de septiembre de 2010 la actora realiza la entrega según Pliego de Bases y Condiciones de las cuatro carpas, las que se recepcionan provisoriamente.

En fecha 30 de septiembre de 2010 se constata por la Legislatura que el material utilizado para la confección de las carpas no cumplía con los requerimientos establecidos: la lona de PVC utilizada posee una masa por m2 del orden de los 640 grs./m2 aproximadamente cuando se solicitaba que el mismo sea de 800 grs/m2 como mínimo y 850 gr/m2 como máximo; se verificó además que la lona no presentaba las características de AUTOEXTINGUIBLE como se solicitaba en el pliego.

Esta observación fue reconocida por la actora, quien mediante nota de fecha 1 de octubre de 2010 se compromete a ajustar la provisión del material remitido a las especificaciones técnicas requeridas, asumiendo los gastos que resulte por la sustitución del material.

A consecuencia de ello, se lleva a cabo una reunión el día 6 de octubre de 2010, conforme constancias de fs. 226, de la que resulta que "el proveedor se compromete a reemplazar las lonas existentes en las carpas, por otras que reúnan todas las especificaciones técnicas según pliego de bases y condiciones, antes del 30 de noviembre de 2010 … La Legislatura tiene pleno derecho de uso y goce de las carpas instaladas en el predio del Espacio DUAM, sin perjuicio de que las lonas que las conforman no se ajustan a lo adquirido. … Son a cuenta del proveedor los costos y gastos generados para la realización del análisis y/o prueba de los elementos adquiridos" (tex).

A fs. 243 obra el acta de recepción definitiva de fecha 29 de noviembre de 2010 en la que los representantes de la Legislatura dicen que la actora ha cumplimentado todos los requerimientos establecidos en el pliego.

Emitida la factura por la actora (fs. 244), por la suma de $1.116.733,20 se ordena pagar la suma de $ 946.431,39. La demandada descuenta la suma de $ 170.301,81 en concepto de multa por mora: 61 días transcurridos entre el 23 de septiembre de 2010 (vencimiento del plazo de entrega) y el 23 de noviembre de 2010 (cumplimiento de entrega de la mercadería).

Ahora, cabe analizar la procedencia de la retención que efectuara la Provincia en oportunidad de proceder al pago de la factura presentada por la actora.

VIII.1.- De lo referido surge que el conflicto se presenta en oportunidad en que la actora reclama el pago y la demandada efectúa la retención por lo que denomina, mora en el cumplimiento.

Ahora, a las partes las ha vinculado un contrato administrativo. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que: "en materia de contratos públicos la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso y el objeto del acuerdo a contenidos impuestos normativamente, los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal" (316:3157).

Para la selección del contratista se ha seguido aquí el procedimiento regla: la licitación pública. Una de las primeras etapas de la licitación es la elaboración de los pliegos de condiciones que servirán de base para la confección de las propuestas.

El pliego de condiciones contiene las disposiciones generales y especiales destinadas a regir el contrato en su formación y posterior ejecución.

Como ya sostuve en el Acuerdo 1374, la naturaleza jurídica de estos pliegos se encuentra debatida.

Sin embargo, podría afirmarse –superando las disputas doctrinarias- que participan de un doble carácter normativo o reglamentario y contractual. Como indica Cassagne, "van cambiando progresivamente en cada etapa del proceso de selección y durante la ejecución del contrato... una vez que han cobrado publicidad -en el caso de la licitación pública a través de la publicación- los pliegos asumen una condición normativa o reglamentaria plena, hasta el momento de la presentación de las ofertas (como tales pueden ser derogados, sustituidos o modificados sin mengua del principio de igualdad). A partir de allí y hasta la adjudicación los pliegos no pierden su carácter normativo o reglamentario aunque bajo un régimen peculiar que, en principio, excluye la posibilidad de modificar las reglas de juego sobre las cuales los oferentes formularon sus propuestas, salvo para permitir la subsanación de recaudos formales..." Luego, al producirse la adjudicación y durante toda la etapa de ejecución, los pliegos integran la relación contractual (cfr. Cassagne, Juan Carlos, "los procedimientos de selección del contratista estatal", L.L. 1997-E, 1485).

Esta doble naturaleza, signada en todos los casos por el principio de igualdad, determina que "...el establecimiento en los procesos de selección, ya sea concursales o licitatorios, de normas vinculadas a la comparación de oferentes o concursantes, no resultan meras formalidades susceptibles de ser obviadas o de ser cumplidas de manera implícita o indirecta. Por el contrario, se trata de normas contenidas en un reglamento administrativo que tienden a homogeneizar los criterios de evaluación, permitiendo así tanto el control de legalidad por parte de la administración, como el resguardo de los propios derechos de los participantes, que también requieren de datos objetivos a esos efectos. Se trata, en definitiva, de garantizar los principios de publicidad -conocimiento de las razones tenidas en cuenta por la Administración-, competencia -pujar conforme a los mismos criterios de selección- e igualdad -trato a todos los concursantes oferentes sin discriminación ni preferencias subjetivas-, principios éstos esenciales a todo procedimiento administrativo de selección, y emanado de las garantías del debido proceso y de igualdad consagradas por los artículos 18 y 16 de la Constitución Nacional" (cfr. op.cit., CSJN caso "Martín Estela Delia Correa de. C. Universidad Nacional de San Juan", 10/12/92).

El pliego, entonces, "...es la principal fuente de donde derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, a la cual hay que acudir, en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicada y durante la ejecución del contrato" (CSJN, Fallos 179:249, 97:20, 241:313).

Y, por tal razón, se lo denomina la ley del contrato (SC Mendoza, 20/3/70, "Pampillón, Guillermo v. Dirección Provincial de Vialidad", LL, 141-215, citado por Dromi, Roberto, "Licitación Pública", pág. 491).

VIII.2.- De lo expuesto queda claro, que el Pliego de Condiciones del contrato cumple una doble función, en tanto, por una parte, indica a los interesados las condiciones que deben reunir sus ofertas y, por la otra, cuando el contrato nace, se convierte en cláusulas contractuales rectoras de sus efectos jurídicos.

El acuerdo de voluntades se produce por la adhesión del co-contratante a las cláusulas prefijadas por la Administración Pública y el margen de discusión se limita a la aceptación o no de las cláusulas contenidas en el pliego. De esto se derivan dos importantes consecuencias.

En primer lugar, que la adjudicación o la formalización del contrato deba hacerse sobre las bases precisas del pliego que determinaron la adjudicación; toda ventaja dada a favor de un licitador, que no haya sido acordada a los restantes oferentes, lesiona o infringe el principio de igualdad (principio que, además debe ser mantenido también durante la vigencia del contrato).

En segundo lugar, requiere del particular un cuidado y una previsión acordes al procedimiento que regla la manifestación de voluntad: El contratista, cuando efectúa su oferta, debe ser riguroso en el análisis que lo lleva a hacerla, porque no sólo el margen de discusión de las condiciones es estrecho, sino que generalmente los contratos con la administración son de envergadura o se prolongan en el tiempo (cfr. Viale, Claudio Martín, "El reacomodamiento del contrato administrativo", LLC 1990-73).

En este punto, debe recordarse que quien contrata con la Administración Pública no es un contratista ordinario: aun cuando actúe en situaciones de subordinación económico-jurídica respecto de las personas públicas comitentes, es un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos públicos (cfr. Dromi, Roberto, "Derecho Administrativo", pág. 340).

En efecto, quien contrata con la Administración debe observar un comportamiento oportuno, diligente y activo. Debe poner las circunstancias susceptibles de modificar las cláusulas contractuales en punto a permitir que el órgano estatal pueda evaluar la conveniencia de contratar o no (Fallos: 311:2832).

Por ello es que "...una vez presentada la oferta, atento a la particularidad de la situación, el postulante pierde toda posibilidad de cuestionar las cláusulas del pliego, ya sea que este cuestionamiento se haga en forma directa y expresa, o elípticamente, a través de la pretensión de acordar un determinado alcance interpretativo que no surja con clara implicancia de sus términos … De suyo, si el oferente no lo hace, queda claro que cualquier duda o error es el resultado de su propia negligencia, y consecuentemente, insusceptible de producir consecuencias jurídicas que modifiquen la plenitud o afecten la vigencia de las condiciones estipuladas".

Por lo tanto, el análisis debe comenzar por el pliego licitatorio.

IX.- De acuerdo a las especificaciones técnicas (fs. 33) del expediente sobre licitación, que integran las claúsulas particulares del pliego (art. 1 de fs. 39 del mismo expediente), las características del material de las carpas –entre otras-, debían ser: "lona autoextinguible y masa por m2 de tela recubierta entre 800 grs/m2 como mínimo y 850 grs/m2 como máximo". Este fue el compromiso asumido por el actor, y el tiempo de entrega era el 23 de septiembre de 2010.

Sin embargo, ya se dijo que, en oportunidad de recepcionarse el material en septiembre de 2010, la demandada observó que las lonas entregadas no cumplían las especificaciones técnicas exigidas.

La entrega defectuosa del material fue reconocido por la actora que se comprometió a ajustarlo antes del 30 de noviembre de 2010 (conf. fs. 216, 219 y 226 del expediente Alcance 0).

Luego, las lonas con las especificaciones técnicas correspondientes a las comprometidas en el pliego fueron entregadas en noviembre de 2010.

Sobre esta base, la demandada aplica la multa en oportunidad del pago, lo que es objetado por la actora afirmando que no incumplió, que el proceder obedeció a lo acordado en octubre de 2010 y que la demandada tuvo derecho al uso y goce de las carpas entregadas en septiembre.

Así las cosas, cabe analizar la conducta desplegada por las partes, y en este punto, tiene relevancia el acta de fecha 6 de octubre de 2010 y los compromisos allí asumidos.

En esa oportunidad, la actora reconoció que la lona de PVC utilizada para la confección de las carpas no cumplía con los requisitos establecidos en el Pliego de Bases y Condiciones, comprometiéndose a reemplazarlas por otras que

reúnan las especificaciones técnicas antes del 30 de noviembre de 2010, lo que sucedió efectivamente conforme constancias del acta de recepción definitiva (fs. 243 del expediente administrativo) el día 29 de noviembre de 2010.

A su vez, la Legislatura tuvo pleno derecho al uso y goce de las carpas instaladas en el predio del Espacio DUAM, sin perjuicio de que las lonas que las conformaban no se ajustaban a lo adquirido (cláusula cuarta del Acta de fecha 6 de octubre). Concretamente, conforme surge del informe de fs. 66, fueron utilizadas entre los días 13 al 17 de octubre de 2010.

De lo expuesto es posible arribar a dos conclusiones: 1) la actora no dio cumplimiento acabado a lo comprometido en el pliego de condiciones en tiempo oportuno: las lonas con las especificaciones técnicas correspondientes se entregaron el 29 de noviembre de 2010 y no el 23 de septiembre como era el plazo establecido; 2) la Legislatura utilizó las carpas con las otras lonas hasta la oportunidad en que se entregaron las comprometidas.

Estas son las conductas de las partes que deben valorarse.

En la reunión de fecha 6 de octubre de 2010 participaron el Director General de Administración y el Director de Compras y Suministros de la Legislatura de Neuquén, y el apoderado de la firma Carpas D'Angiola.

Del tenor de lo acordado el actor pudo interpretar que se modificaban los términos de la contratación en lo que al plazo de cumplimiento se refiere, atendiendo además a la entrega de las otras lonas que no reunían las especificaciones comprometidas.

Sin embargo, el cumplimiento ha sido tardío. Ha existido mora a la luz de lo fijado en el pliego de condiciones. La sanción por el retardo en el cumplimiento es la multa. Así lo establece el Reglamento de Contrataciones y lo reafirma además el pliego de condiciones en el punto 34: "Penalidades: El incumplimiento de las obligaciones contraídas por el adjudicatario dará lugar a la aplicación de las penalidades previstas en el artículo 71 del Reglamento de Contrataciones de la Ley N° 2141 de Administración Financiera y Control, que para cada caso se indica".

Concretamente, el art. 71 en el punto 2.a) establece: "Por entrega de los elementos fuera de término: multa por mora que será del 0.25% diario del valor de dichos elementos, por un plazo de hasta noventa días …".

Y la mora, a la luz de lo normado por el art. 73 del Reglamento de Contrataciones, se considerará producida por el simple vencimiento del plazo contractual sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial, siendo las multas, de aplicación automática, sin necesidad de pronunciamiento expreso.

Ergo, la multa aparece como legítima. Pero a la luz de la conducta de las partes, lo establecido en el acta de fecha 6 de octubre de 2010, el cumplimiento efectivo el 29 de noviembre y la utilización de las lonas –aunque sin las especificaciones técnicas comprometidas- corresponde revisar el alcance de la sanción.

La Administración ha impuesto la multa como si el cumplimiento tardío hubiera sido absoluto. Sin embargo, la estructura y las lonas –aunque objetadas- fueron entregadas en término y, lo que es fundamental, fueron utilizadas para el fin para el que habían sido contratadas.

"En el ámbito de la contratación administrativa, la inmutabilidad del contrato no es una inmutabilidad del contenido, sino del fin. Lo que se persigue con estos contratos es satisfacer de la mejor manera posible el interés general, de modo tal que "... la inalterabilidad del fin impone o puede imponer la alteración parcial o, mejor aún, la adaptación del objeto... Mutabilidad del objeto y mantenimiento de la equivalencia económica de las prestaciones son, pues, los dos polos entre los que circulan las singularidades propias de la contratación administrativa. No hay, por lo tanto, exorbitancias a ultranza, sino unas bases distintas de equilibrio contractual... (conf. García de Enterría, E. y Fernández, T. R., "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Ed. Civitas, Madrid 1996, pág. 702, citado en Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala contenciosoadministrativa (TSCordoba), publicado en LL LLC2008 (julio), 621).

En este contexto, atendiendo a esta circunstancia excepcional que se presenta en autos, de la que resulta que la Legislatura usó las carpas con las lonas entregadas en septiembre de 2010, la multa debe ser morigerada.

Por ello, en uso de la facultad conferida por el art. 165 del C.P.C.y C., se reduce la multa al 50%, lo que arroja una suma de $85.150,90, con más los intereses que se determinan en el punto siguiente.

X.- Por estos motivos, propicio al Acuerdo el acogimiento parcial de la demanda, la que prospera por la suma de $85.150,90, con más los intereses que se calcularán conforme la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén

desde la fecha de la orden de pago –oportunidad en que se retuvo la multa, 18/12/2010- hasta el efectivo pago. Las costas del pleito se imponen en el orden causado toda vez que la demanda prospera parcialmente (art. 68 y 69 C.P.C.yC. y 78 Ley 1.305). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Vocal que abre el Acuerdo, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por CARPAS D'ANGIOLA S.R.L. contra la PROVINCIA DE NEUQUEN, condenando a esta última a abonar la suma de $85.150,90 con más los intereses fijados en los considerandos. 2°) Costas en el orden causado (arts. 68 y 69 del CPCy C y 78 Ley 1305). 3°) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se cuente con pautas para ello. 4°)

Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el Acto, que previa lectura y ratificación, firman los Magistrados presentes por ante la Actuaría que certifica.

DR. RICARDO TOMAS KOHON - DR. OSCAR E. MASSEI

DRA. LUISA A. BERMÚDEZ – Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"PEDROSA LIDIA OLGA C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1225/2004) – Acuerdo: 80/15 – Fecha: 23/10/2015

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Empleo Público.

DOCENTES. TITULO. CARACTER DOCENTE Y HABILITANTE. COMPETENCIA PARA EJERCER LA DOCENCIA. CONSTITUCION PROVINCIAL. COMPETENCIA LOCAL. ESTATUTO DOCENTE. CONSEJO PROVINCIA DE EDUCACION. JUNTAS DE CALIFICACION DOCENTE. ORDEN DE MERITO. DAÑO MORAL. RECHAZO.

1.- Corresponde el rechazo de la demanda interpuesta por quien solicitó que se reconozca la calidad docente del título que posee como "Profesora de dibujo y pintura", se ordene el reencasillamiento, en el orden de mérito correcto, por parte de la Junta de clasificación "ad-hoc" y el resarcimiento del daño moral padecido. Ello así, la competencia para determinar la naturaleza de un título para acceder a un cargo, es local y del Consejo Provincial de Educación (C.P.E). Por lo tanto, la denominación del título otorgado por una Universidad –Profesora de Artes Plásticas- no determina su competencia para ejercer la docencia, ya que puede ser docente, o "habilitante", para la Junta de Clasificación.

2.- Es el Constituyente Neuquino –art. 118- quien entregó el gobierno de la educación a manos del Consejo Provincial de Educación y es este último organismo quien valorará la competencia del título y sus alcances: Docente, Habilitante, o Supletorio.

3.- Forma parte del propio régimen jurídico establecido por el Estatuto del Docente y su reglamentación que el ascenso en la carrera requiere la realización de concursos y que éstos se encuentran sujetos a reglas que pueden modificarse de forma razonable mientras aquella carrera transcurre. De tal forma, no resulta atacable la calificación desde el vértice de los "derechos adquiridos" sino desde la razonabilidad de la reglamentación, supuesto que en el caso no ha sido argumentado con éxito. (cfr. "Yaben Carlos", DJ 2003-2,282).

4.- [...] no se ha logrado acreditar que en el accionar de la demandada se presenten los denunciados vicios de arbitrariedad o irrazonabilidad y, frente a ello, los argumentos de la demanda tendientes a descalificar -por ilegitimidad- la actuación de la Junta de Clasificación Ad hoc (ratificada por las instancias jerárquicas que han intervenido en los reclamos) deben ser desestimados. Por lo tanto, fuerza concluir que los actos atacados carecen de los vicios nulificantes denunciados por la actora, sellando por ende la suerte adversa de la pretensión resarcitoria de "daño moral".

Texto completo:

ACUERDO N° 80. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintitrés días del mes de octubre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales Doctores EVALDO DARIO MOYA y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Doctora LUISA BERMÚDEZ, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "PEDROSA LIDIA OLGA C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. 1225/04), en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 12/15 se presenta la actora, con patrocinio letrado y promueve acción procesal administrativa contra el Consejo Provincial de Educación. Solicita que se declare la nulidad del Decreto 137/04; que se reconozca la calidad docente del título "Profesora de dibujo y pintura" que posee; que se ordene el reencasillamiento, en el orden de mérito correcto, de la Junta de clasificación "ad-hoc" y el resarcimiento del daño moral padecido.

Refiere que, en abril de 2003, la Junta de Clasificación "Ad hoc" de la Dirección de Educación Estético-expresiva del Consejo Provincial de Educación (CPE), desconoció el carácter docente de su título de Profesora de Artes Plásticas, otorgado por la Universidad Nacional de San Juan, respecto de las materias Dibujo y Pintura.

Alega que, al calificar su título como "habilitante con certificación de capacitación docente", se limitó su idoneidad para dictar las referidas materias.

Dice que tal calificación redujo su puntaje y perjudicó sus posibilidades de continuar desempeñándose en el dictado de esas materias.

Sostiene que la evaluación efectuada por la Junta desconoció el carácter específico docente de su título respecto de las disciplinas dibujo y pintura.

Expresa que, además, es nula y vulnera derechos adquiridos, puesto que, pese a lo sostenido por la Junta "ad hoc", ha venido dictando esas materias.

Asevera que vulnera la Ley de Educación Superior, ya que, su título es universitario y, según lo dispuso la Universidad de San Juan, habilita para la docencia en todos los niveles de educación.

Relata que recurrió la decisión de la Junta "Ad-hoc" y que, la Dirección de Educación Estético Expresiva mediante Disposición 33/03, hizo lugar a su reclamo respecto de la asignatura Dibujo pero se lo rechazó para la asignatura Pintura.

Señala que los fundamentos en que se sustentó tal discriminación se basaron en la Resolución 1972 del Consejo Nacional de Educación, en lugar de aplicarse los de la Universidad otorgante y los de la Ley de Educación Superior.

Relata que recurrió ante el C.P.E. y que dicho organismo rechazó su reclamación a través de la Res. 1370/03.

Insiste en que, a efectos de considerar el carácter docente y las incumbencias del título, debe estarse a las normas universitarias que le otorgan validez.

Alega que la valoración efectuada sobre su legajo, título y antecedentes afectó la garantía constitucional de derecho de defensa. En tal sentido, reseña que recusó (mediante nota del 14/3/03) a una de las integrantes de la Junta Ad-hoc, Prof. Mariel A. Lobato, fundado en las manifestaciones públicas de enemistad hacia su persona.

Sostiene que, en virtud de ello, la Sra. Lobato no podía integrar la Junta y que, su participación, vulneró la garantía de imparcialidad.

Expone que solicitó a la Universidad de San Juan información sobre la calidad, validez e incumbencias de su título y que le respondieron que el título tiene carácter docente para el dictado de las materias que comprenden a su currícula.

Refiere que recurrió ante el Poder Ejecutivo Provincial y que dicho órgano, mediante Decreto 1959/04, rechazó su pretensión.

Por último, funda en derecho y formula su petitorio.

II.- A fs. 23/4, se declaró la admisión del proceso (RI 4526/05); a fs. 86/9, la actora optó por el procedimiento ordinario y ofreció prueba.

III.- A fs. 96/100 se presentó la Fiscalía de Estado y contestó la demanda.

Luego de las negativas de rigor, reprodujo los considerandos de los actos atacados y sostuvo que la actora no ha desvirtuado los fundamentos establecidos en los mismos.

Rechaza que se hayan vulnerado derechos adquiridos.

Sostiene la improcedencia de la pretensión de indemnización del daño moral.

Solicita el rechazo de la demanda, con costas.

IV.- A fs. 104/111 contestó el Consejo Provincial de Educación.

Luego de efectuadas las negativas, da su versión de los hechos y sostiene que, la postura asumida respecto del título de la actora con relación a la asignatura pintura, se fundó en lo establecido por el Estatuto Docente.

Asevera que resulta aplicable a este caso, lo dispuesto por el Anexo IX de dicho cuerpo legal que dispone que el título de Profesor de Artes Plásticas es "habilitante" para dictar la materia Pintura.

Apunta que, conforme surge del Estatuto, para dictar la asignatura Pintura, se requiere título de Profesor Superior de Pintura, Profesor de Dibujo y Pintura u otros que no coinciden con el que posee la accionante.

Agrega que en el Apéndice IX se establece, en forma expresa, cuáles son los títulos que poseen carácter "docente" y cuáles son "habilitantes" para la materia pintura.

Dice que, la calificación efectuada por la Junta Ad-hoc es correcta porque respeta lo establecido en la normativa aplicable.

Señala la diferencia existente entre título docente y título habilitante. Cita y transcribe antecedentes jurisprudenciales respecto a dicho tópico.

En punto al daño moral reclamado sostiene que no corresponde su reconocimiento en virtud de que la reclamante no fundamenta sobre su procedencia.

Funda en derecho, ofrece prueba y solicita el rechazo de la demanda, con costas.

V.- A fs. 117 se abrió la causa a prueba. A fs. 646 se clausuró dicho periodo, se agregaron los cuadernos de prueba y se pusieron los autos para alegar.

A fs. 655/662 y 663/671 obran agregados los alegatos de la actora y el CPE.

VI.- A fs. 673/8 emitió su dictamen el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia el rechazo de la demanda.

VII.- A fs. 785 se dispuso el llamado de autos, providencia que, consentida y firme, coloca a las presentes en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- Ahora bien, de cara a las pretensiones concretas esgrimidas en la demanda, amerita señalar que, conforme surge del alegato presentado por la actora (cfr. fs. 661 vta.), la señora Pedrosa se ha acogido al beneficio de la jubilación.

No obstante, la accionante mantuvo las pretensiones esgrimidas en la demanda.

Esta situación hace necesario resaltar que la variación en la plataforma fáctica que produjo el cambio en la situación de revista, torna inviable el curso de la pretensión de reencasillamiento en el orden de mérito de la Junta de Clasificación Ad hoc que peticionó como derivación de, a su vez, la postulación de declaración de nulidad de los actos que no le reconocieron el carácter docente de su título.

Por lo tanto, si bien respecto a esos tópicos la cuestión devino abstracta -al haber desaparecido el interés jurídico concreto de la accionante-, dado que subsiste el reclamo resarcitorio, el análisis de la legitimidad de tales actos debe ser llevado a cabo de igual forma pues constituyen el presupuesto necesario para el andamiaje de la pretensión subsistente.

En definitiva, cabrá establecer si es legítima la calificación otorgada por la Junta de Calificación Ad hoc al título de Profesora de Artes Plásticas, como título "habilitante" para la materia Pintura.

VIII.1.- El argumento central que sostiene la actora es que la Universidad de San Juan ha otorgado al título de "Profesor de Artes Plásticas" incumbencia docente para el dictado de las asignaturas Dibujo y Pintura (ambas), con lo cual el CPE no podría reconocer competencia docente para el primero y considerar al título "habilitante" para el segundo.

Concretamente considera que la actuación de la Junta de Clasificación ha sido arbitraria ya que por un lado no valoró correctamente los alcances del título de "Profesora de Artes Plásticas" emitido por la Universidad Nacional de San Juan y por otro lado se vio influenciada por la presencia de un integrante recusado por aquella, invocando enemistad manifiesta.

En cuanto a la primera argumentación, sustenta su pretensión en que dicha casa de estudios informó que el título en cuestión tiene incumbencia docente para el dictado de las asignaturas "Dibujo" y "Pintura" (cfr. fs. 26) y que del Plan de Estudio de la carrera surgiría la competencia para ejercer la docencia en nivel primario, secundario y terciario de las disciplinas de la currícula de la enseñanza artística (cfr. fs. 27 y 40 vta.).

En función de ello, sostiene que la calificación que se le efectuara vulnera el art. 29 de la Ley de Educación Superior, que dispone que es de competencia de las universidades determinar las incumbencias de los títulos que emiten.

Ahora bien, vale desde ya advertir que la competencia para determinar la naturaleza del título, es propia del Consejo Provincial de Educación (Artículo 13 inciso g del Estatuto del Docente; y Artículo 9° de la Ley Provincial N° 242).

Sabido es que el organismo, con competencia constitucional en el gobierno de la educación provincial –Artículo 118 de la Carta Magna Local-, tiene atribuciones expresas, conferidas por la Ley Provincial N° 242 en su Artículo 9°, para: a) "Decidir en todo lo que se refiera a la educación"; b) "Resolver todo cuanto se refiera a planes y programas de enseñanza, coordinar y convenir con organismos nacionales, provinciales y privados, y fijar las normas para su aplicación y control"; y f) "Resolver sobre nombramientos, traslados, permutas, licencias, suplencias y todo lo que se refiere a movimiento de personal docente, técnico, administrativo, de maestranza y de servicio, de acuerdo con la legislación en vigencia".

En tal contexto, las Juntas de Clasificación docentes son los órganos que centralizan las tareas de valoración de los antecedentes de cada postulante, confeccionando los órdenes de mérito y verificando los requisitos para la cobertura de vacantes según cada rama y nivel (Existe una Junta por cada Área de Educación, según los niveles y modalidades en que se encuentra organizado el sistema).

En tal sentido, establece el art. 10, pto XIX de la reglamentación que "a los efectos de la clasificación de los docentes por las Juntas respectivas, éstas se atendrán a la valoración establecida por esta reglamentación para cada rama de la enseñanza".

El sometimiento a los controles de mérito tiene fundamento en el Estatuto del Docente cuando prevé en el CAPÍTULO VII Del Ingreso en la docencia, Art. 13, que "Para ingresar a la docencia por el modo que este estatuto y sus reglamentos establezcan, deben cumplirse por el aspirante, las siguientes condiciones generales y concurrentes: inciso g) Solicitar el ingreso y someterse a los concursos que establece este Estatuto (el resaltado me pertenece).

Del mismo modo, la citada norma y sus complementarias proporciona a la autoridad –en este caso la Junta de Clasificación Ad Hoc del CPE- los elementos que establecerán el orden de mérito del postulante.

El Artículo 9° citado prevé que para ingresar en la docencia deben cumplirse determinadas condiciones: c)Poseer el título docente nacional que corresponda; d)Poseer el título nacional que corresponda a la especialidad, cuando se trate de proveer asignaturas o cargos para los que existan establecimientos de formación de profesores; e)Poseer título oficial técnicoprofesional, universitario o secundario, o certificado de capacitación profesional afín con la especialidad respectiva, y se trate de proveer asignaturas o cargos técnicoprofesionales o de actividades prácticas de gabinete, laboratorios, plantas industriales y de taller en los establecimientos en los que se imparte enseñanza industrial, comercial, profesional de mujeres y de oficios...".

Y el art. 14 del mismo cuerpo legal dispone que se podrá ingresar a la docencia con título técnicoprofesional de la materia o afín con el contenido cultural y técnico, es decir, con títulos habilitantes o supletorios –de acuerdo a la clasificación efectuada en la reglamentación de estos artículos por el Decreto N° 8188/59-, cuando: "a) no exista para determinada asignatura o cargo título docente nacional expedido por establecimientos de formación de profesores; b) sean declarados desiertos dos sucesivos llamados a concursos para esa asignatura o cargo; c) En la enseñanza superior con títulos o antecedentes científicos, artísticos y docentes de notoria trascendencia".

El análisis de los títulos es por principio restrictivo según lo prevé el mismo Estatuto del Docente en sus Artículos 15: "En lo sucesivo no se concederán autorizaciones, habilitaciones, capacitaciones ni reválidas para el ejercicio de la enseñanza primaria, secundaria, normal, artística, superior, comercial, industrial, profesional de mujeres y de oficios, y aquellas asignaturas y cargos para los cuales existan títulos docentes específicos otorgados por institutos de formación de maestros y profesores, con excepción de los legalmente reconocidos por acuerdos suscriptos con gobiernos de provincias o de países extranjeros".

Y 17: "La reglamentación determinará con criterio restrictivo los títulos habilitantes y supletorios a que se refieren los artículos 13°, inciso e) y 14°".

Asimismo, el Decreto 8188/59, al reglamentar los art. 13 y 14 de la Ley 14.473, insertos en el Título I.- Disposiciones Generales, Capítulo VII-Del ingreso a la docencia, dispone: "Los títulos supletorios serán admitidos en defecto de los habilitantes y éstos en defecto de los títulos docentes."

A su vez en el Apéndice XI, Cuarta Parte, en el título "Para los establecimientos dependientes de la Dirección Nacional de Educación Artística", se establece como título "habilitante" para su dictado al título de Profesor de Artes Plásticas.

Tal la respuesta que fue brindada por la Junta de clasificación en oportunidad de resolver el reclamo de la actora en sede administrativa, mediante la disposición 033/3, cuando señaló que el título de Profesorado de Artes Plásticas, otorgado por la Universidad de San Juan, e incorporado al Estatuto del Docente por resolución 1972, tiene carácter docente para la asignatura Dibujo, como consta en el Apéndice XI, cuarta parte, artística, asignatura 28. Dibujo. Pero, en relación con la asignatura Pintura, se ratificó la decisión de valorar con carácter habilitante al título mencionado e incorporado por la misma resolución al Estatuto del Docente, tal como consta en el Apéndice XI, Cuarta Parte, artística, asignatura 96, pintura, habilitante: profesor de artes plásticas.

Luego, se reitera, siendo resorte de la Junta de clasificación realizar la calificación de acuerdo a la reglamentación vigente, no se advierte que la decisión resulte arbitraria. En este punto, no puede soslayarse que el alegado argumento en punto a que no resulta aplicable la resolución 1972 por tratarse de una norma nacional posterior a la adopción por parte de la Provincia del Estatuto del Docente y que por ende no integra este Cuerpo, se debilita a poco que se

considere que la Ley 956 acogió para la Provincia, hasta tanto se dicte su propio estatuto, las disposiciones de la Ley 14.473, su reglamentación y modificaciones posteriores.

Por lo demás, tampoco se ha ensayado un embate que derribe la razonabilidad de la resolución en la que se ha sustentado la Disposición 033/3 y nada conlleva a erigir el criterio de la accionante por sobre el del Órgano con competencia en la materia.

En este mismo orden, tampoco logra sobreponerse la tacha efectuada en cuanto a que se encuentre vulnerada la Ley de Educación Superior, en virtud de que el hecho de que se otorgue al título carácter "habilitante" no implica que no lo habilite para la docencia, más allá que –se reitera- las disposiciones de esta Ley Nacional no enervan las facultades que, sobre el tópico, poseen las jurisdicciones locales de acuerdo a las normas constitucionales y legales que han sido citadas.

Es el Constituyente Neuquino quien entregó el gobierno de la educación a manos del Consejo Provincial de Educación y es este último organismo quien valorará la competencia del título y sus alcances: Docente, Habilitante, o Supletorio.Bajo esta premisa, un título universitario puede ser "Docente" en los términos de la reglamentación de los Artículos 13 y 14 del Estatuto del Docente para el dictado de determinadas asignaturas; y "Habilitante" para otras.

Es decir, un mismo título universitario pondría al postulante en un distinto orden de mérito frente a distintas materias concursadas. En un caso como Docente y en otro como Habilitante (9 y 6 puntos, respectivamente, según el acápite II de la reglamentación de los Artículos 13 y 14 de la Ley Nacional N° 14.473).

Tampoco logra conmover la decisión, el hecho de haber brindado clases en las materias concursadas, alegando que se ha vulnerado derechos adquiridos. Es que el paso del tiempo o la experiencia adquirida no son susceptibles de trastocar el encuadre del Título.

Más allá de ello, viene al caso señalar que toda vez que los listados por orden de mérito tienen una validez anual, no puede hablarse de "derechos adquiridos" a un determinado puntaje o calificación. Es que, nada impide que entre un concurso y otro se modifiquen los puntajes, de forma que en concursos sucesivos se realicen de acuerdo a valoraciones diferentes. Forma parte del propio régimen jurídico establecido por el Estatuto del Docente y su reglamentación que el ascenso en la carrera requiere la realización de concursos y que éstos se encuentran sujetos a reglas que pueden modificarse de forma razonable mientras aquella carrera transcurre. De tal forma, no resulta atacable la calificación desde el vértice de los "derechos adquiridos" sino desde la razonabilidad de la reglamentación, supuesto que en el caso no ha sido argumentado con éxito. (cfr. "Yaben Carlos", DJ 2003-2,282)

VIII.2.- Desde otro lado, tampoco se advierte que haya existido un supuesto de afectación del debido proceso y del derecho de defensa, en el modo en que se ha conducido la demandada.

En este caso, la actora centra la lesión en que recusó a uno de los integrantes de la Junta -Profesor Lobato- y que su participación afectó la garantía de imparcialidad.

Pero, un análisis de las constancias de la causa no permiten reconocer que haya existido alguna circunstancia que afectara la decisión en los términos afirmados por la actora.

En primer lugar, el tratamiento de la recusación siguió el procedimiento establecido en el pto IX de la reglamentación del art. 10 del Estatuto del Docente y ésta fue desestimada.

Luego, en esta instancia, tampoco hay razones que lleven a tener por acreditada la alegada enemistad de la integrante de la Junta; ni se ha probado que la vocal de ese organismo haya actuado de manera imparcial o perjudicado, de alguna manera, a la actora.

En este punto, corresponde señalar que la afirmación efectuada en la demanda no se condice con la prueba reunida en la causa. Repárese que la actora ofreció a la Prof. Lobato (integrante de la Junta) como testigo, pero no la interrogó sobre estas cuestiones (fs. 496/9) y, luego, al rendir la prueba confesional, rechazó haber efectuado la recusación (cfr. fs. 644 –respuesta a la tercera posición-).

Por otro lado, lo cierto es que, tuvo la oportunidad de recurrir; se le dio la participación necesaria en el trámite; pudo exponer sus argumentos y obtuvo una respuesta –si bien, no la esperada-, habilitándose la vía jurisdiccional que le posibilitó volver a reeditar la cuestión a través de este proceso de amplio conocimiento y debate.

En consecuencia, al no advertirse lesión al debido proceso ni perjuicio alguno para la accionante, la tacha efectuada debe ser desestimada.

IX.- Todas estas consideraciones evidencian que no se ha logrado acreditar que en el accionar de la demandada se presenten los denunciados vicios de arbitrariedad o irrazonabilidad y, frente a ello, los argumentos de la demanda tendientes a descalificar -por ilegitimidad- la actuación de la Junta de Clasificación Ad hoc (ratificada por las instancias jerárquicas que han intervenido en los reclamos) deben ser desestimados.

Por lo tanto, fuerza concluir que los actos atacados carecen de los vicios nulificantes denunciados por la actora, sellando por ende la suerte adversa de la pretensión resarcitoria de "daño moral".

X.- Por todo lo expuesto, la demanda debe ser desestimada.

En cuanto a las costas, considerando que la mutación de las circunstancias que dieron lugar a la demanda no resultan imputables a la actora, y que la complejidad del asunto y de la normativa docente pudieron formar el convencimiento del derecho a litigar, cabe imponerlas en el orden causado (art. 68 segunda parte del CPC y C). ASI VOTO.

El Señor Vocal Doctor EVALDO DARIO MOYA, dijo: por compartir los fundamentos y conclusiones a las que arriba el Doctor Oscar Massei, es que voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda interpuesta por la Sra. Lidia Olga Pedrosa. 2°) Costas en el orden causado (art. 68 segunda parte del CPCyC, de aplicación supletoria). 3°) Regular los honorarios del Dr. ..., patrocinante de la actora, en la suma de $ 6.200 (arts. 6, 9, 10, 38 y cctes. de la Ley 1594); 4°) Regístrese, notifíquese.

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

DR. EVALDO DARIO MOYA - DR. OSCAR E. MASSEI

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"AGOSTINO DANIEL EDUARDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 2211/07 y sus acumulados, caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ AGOSTINO DANIEL EDUARDO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" EXPTE. 2483-08 – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2211/2007) – Acuerdo: 106/15 – Fecha: 18/12/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Contratos administrativos.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. CONVENIO BILATERAL. COMODATO. DESALOJO. REGIMEN DE PROMOCION INDUSTRIAL Y ECONOMICA.

Corresponde rechazar la demanda interpuesta por el Sr. Agostino y hacer lugar al desalojo peticionado por la Provincia de Neuquén sobre el inmueble ubicado en la intersección de la Ruta N° 7 km. 4,5 y Conquistadores del Desierto, Parque Industrial Neuquén, debido a la rescisión por incumplimiento dispuesta por la Resolución N° 1037/06 del Ministerio de Producción y Turismo. Las partes se han vinculado a través de

un contrato sujeto al régimen de promoción económica en los términos de la Ley Provincial 378. En ese marco se aceptó la propuesta de inversión efectuada por el Sr. Agostino dentro del Régimen de Promoción Económica de la Ley 378 para construir, instalar, poner en marcha y explotar por su cuenta y cargo una boca de expendio de GNC como combustible en vehículos automotores, reparación, mantenimiento y construcción del equipamiento para alimentar automotores con GNC. Consiguientemente, partiendo del hecho controvertido en la causa: incumplimiento de las obligaciones asumidas en el convenio, es dable observar que la prueba producida en autos, no alcanza para conmover la legitimidad del acto de rescisión, en atención a que no ha logrado desvirtuar el incumplimiento que se tuvo por configurado.

Texto completo:

ACUERDO N° 106. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los dieciocho días del mes diciembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores EVALDO DARIO MOYA y RICARDO TOMÁS KOHON, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "AGOSTINO DANIEL EDUARDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 2211/07 y sus acumulados, caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ AGOSTINO DANIEL EDUARDO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 2483/08, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor EVALDO DARIO MOYA dijo: I.- Que a fs. 1/4 de los autos: "Agostino c/ Provincia" se presenta el actor, con patrocinio letrado, inicia acción procesal administrativa. Impugna el Decreto N° 1237 dictado por el Poder Ejecutivo Provincial con fecha 25/07/07 y que fuera notificado a su parte el 27/07/07 en razón de la ilegitimidad del acto atacado por adolecer de vicios "muy graves" y "graves" previstos por los arts. 66 inc. l) y 67 inc. a), b), c), d), m), ñ), o), r) y s) de la Ley 1284. Solicita se anule totalmente la disposición impugnada y se ordene el restablecimiento del derecho adquirido y vulnerado a su parte, con imposición de costas.

Relata que en el procedimiento administrativo tramitado mediante expediente caratulado: "EXPTE. N° 3100-016489/05 y Acumulados Nros. 3310-6037/05 Cuerpos I y II; 3100-015501 – Alc. 1/05; 3100-012215/05 Alc. 1/05; 2912-1067 y 2912-1067 Cuerpo I" se debió presentar en forma espontánea atento que pudo tomar conocimiento extraprocesalmente que la Administración a través del Ministerio de Producción y Turismo dictó la Resolución N° 1037/06 que fuera notificada en forma viciada, por el domicilio en que se practicó, como por el procedimiento utilizado por el oficial notificador, lo que acarrea su nulidad absoluta. Dice que la cédula fue dejada en un domicilio real que no es el suyo, y el oficial notificador no consignó la fecha de diligenciamiento en el ejemplar de la persona supuestamente notificada, lo que lo dejó en estado de indefensión.

Agrega que en el proceso no se le dio la debida intervención mediante el pertinente traslado previo para ejercer el derecho de defensa.

Concluye que por los vicios aquí denunciados procede la nulidad absoluta e inexistencia del acto, que no puede considerarse regular, carece de presunción de legalidad y ejecutoriedad, y los particulares no están obligados a cumplirlo y los agentes públicos tienen el deber de no ejecutarlo.

Cita jurisprudencia.

Continúa relatando que el acto administrativo aquí atacado ha derivado de un proceso en el que no se le dio participación; que al concurrir a la Asesoría General de Gobierno pudo tener acceso solamente a una copia del dictamen elaborado por dicho organismo.

Luego señala que el Decreto N° 1237 abandona la mayoría de los argumentos que motivaron la Resolución N° 1037 dictada por el Ministerio de Producción y Turismo, fundamentando el acto atacado exclusivamente en el argumento erróneo que la Provincia habría otorgado el inmueble en forma personal y exclusiva para la explotación comercial, quedando así frente a un contrato "intuitae personae"; entendiendo que habría suscripto un contrato de comodato con un tercero mediante el cual habría entregado el inmueble referido; y en virtud de tales erróneos argumentos, entiende que se habría comprobado el incumplimiento de la finalidad de la Ley 378, por causas imputables a su parte.

Refiere que no han violado las cláusulas 2 y 3 inc. c). Dice que los derechos adquiridos sobre el inmueble no fueron transferidos, ni ha vendido el fondo de comercio y el inmueble a terceros.

Agrega que no existe limitación contractual en el convenio celebrado para efectuar el desarrollo asociado a terceros, siendo esta modalidad la utilizada para la puesta en marcha de la estación a través de la participación societaria que detenta en la sociedad Ruta 7 GNC SRL.

Relata que el contrato de comodato del predio no sólo no está prohibido sino que obedece a su interés personal en el emprendimiento a través de la participación societaria que detenta mediante el contrato social celebrado con su hijo Federico Agostino.

Destaca que su obligación fue cumplida en debido tiempo y forma, ya que la estación de servicio comenzó a operar dentro del plazo establecido de 360 días; y por el contrario, la administración incumplió con su obligación de proceder a la escrituración del bien en el plazo establecido de 30 meses.

Agrega que la propiedad debió ser tasada con un parámetro especialmente pactado y sus mejoras por lo que determinara el tribunal de tasaciones; todos actos debidos por la administración, por áreas a las que nunca llegó el expediente.

Hace reserva de caso federal.

II.- A fs. 21 mediante RI 6247 se declara la admisión del proceso.

III.- Ejercida la opción por el proceso ordinario, y corrido traslado de la demanda, a fs. 57/63, comparece la Provincia de Neuquén. Contesta la demanda y solicita su rechazo, con costas.

Relata que conforme surge del Expediente Administrativo N° 2912-1067/97 por Decreto N° 3581/98 se aceptó la propuesta de inversión efectuada por el Sr. Agostino dentro del Régimen de Promoción Económica de la Ley 378 para construir, instalar, poner en marcha y explotar por su cuenta y cargo una boca de expendio de GNC como combustible en vehículos automotores, reparación, mantenimiento y construcción del equipamiento para alimentar automotores con GNC.

Luego, por Decreto N° 4460 se aprobó el Convenio entre la Provincia y el Sr. Agostino.

Refiere que en fecha 23/12/2002 el Sr. Agostino manifiesta que el convenio con la Provincia estaba vencido y envía una nota a la Dirección de Industria y Comercio donde reconoce que se asoció con otra persona (Giselle Benitez) para conseguir un compresor y surtidores, y del convenio de participación societaria del que surgiría que el actor aportaría el uso y goce en comodato del predio e instalaciones destinadas a la estación de servicio de expendio de GNC a favor de la sociedad.

Enumera los avatares transitados en el expediente administrativo referidos a la administración y explotación del inmueble por terceras personas que no tenían que ver con el adjudicatario.

Con relación a los cuestionamientos del actor respecto a la forma de la notificación refiere que la posible nulidad de la notificación de la Resolución N° 1037 devino abstracta toda vez que el recurso planteado por el actor fue efectivamente tratado; y fue rechazado por considerarse improcedente en cuanto al fondo, y no por estar fuera de plazo.

Concluye que en el expediente administrativo está probado que el actor celebró con terceros (ajenos al vínculo que lo ligaba con el Estado) contratos de comodato y societarios en relación al lote de terreno ubicado en el Parque Industrial Neuquén que es parte de la fracción S3a del lote oficial sobrante 3, Sección I, Departamento Confluencia, individualizado como lote Da N.C. 09-23-63-1567. Agrega que está también probado que en el terreno él debía

construir, instalar, poner en marcha y explotar por su cuenta y cargo una boca de expendio de gas natural, lo que fue incumplido por el actor.

Ofrece prueba.

V.- Que en los autos "Provincia de Neuquén c/ Agostino" -iniciados ante el Juzgado Civil, Comercial y de Minería Nro. 3- a fs. 9/11, la Provincia de Neuquén, mediante apoderado y con el patrocinio del Sr. Fiscal de Estado, promueve demanda de desalojo del inmueble provincial ubicado en la intersección de la Ruta N° 7 km. 4, 5 y Conquistadores del Desierto, Parque Industrial Neuquén, comprendido por una fracción de terreno que es parte en la fracción S3a del lote oficial sobrante 3, Sección I, Departamento Confluencia, individualizado como Lote Da N.C. 09-23-63-1567 en contra del Sr. Daniel Eduardo Agostino.

Refiere que mediante Decreto N° 3581/98 se aceptó la propuesta de inversión efectuada por el Sr. Agostino dentro del Régimen de Promoción Económica de la Ley 378 para construir, instalar, poner en marcha y explotar por su cuenta y cargo una boca de expendio de GNC como combustible en vehículos automotores, reparación, mantenimiento y construcción del equipamiento para alimentar automotores con GNC.

Agrega que por el Decreto N° 4460 se aprobó el Convenio, transcribiendo las cláusulas correspondientes.

Señala que el demandado reconoce luego que se asoció con otra persona (Giselle Benítez) para conseguir un compresor, y que ésta formó una sociedad con el hijo de Agostino, con quien tiene un contrato de socio a socio por ser su inversión y el terreno el aportado a la sociedad.

Agrega que del expediente N° 3100-6037/05 surge que el Sr. Ramón Benítez presenta una nota ante la Dirección de Industria y Comercio en la que informa que el Sr. Agostino nunca había puesto nuevamente en marcha la estación de GNC; solicita el estudio de la situación y se disponga la propiedad a nombre de la sociedad, indicando que ha hecho inversiones para su reactivación.

Dice que Benítez vuelve a presentarse solicitando se le permita la compra del predio, y el otorgamiento de un permiso precario de uso del suelo a su nombre por ser el dueño de la maquinaria y equipamiento, lo que fue rechazado.

Finalmente, el Ministerio de Producción y Turismo rescindió por incumplimiento el convenio suscripto entre el estado provincial y el Sr. Agostino por la venta de la fracción de terreno cuyo desalojo se persigue. Cuenta que el demandado interpuso reclamo administrativo que fue rechazado mediante Decreto 1237.

Agrega que el demandado, ocupante del inmueble, fue intimado debidamente y no obstante ello no lo devolvió.

Solicita que al dictarse sentencia se haga lugar a la demanda y se condene al demandado y/u otros ocupantes a desalojar el predio provincial, bajo apercibimiento de ser lanzados por la fuerza pública.

Funda en derecho y ofrece prueba.

V.- A fs. 38 el Juez a cargo del Juzgado Civil, Comercial y de Minería Nro. 3 resuelve acumular este trámite al expediente caratulado: "AGOSTINO DANIEL EDUARDO C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" (EXPTE. 2211/7) en trámite ante esta Secretaría.

Recepcionadas las actuaciones, mediante RI 6842/9 se declara la competencia de este Tribunal, acumulándose ambas acciones para el dictado de una única sentencia.

VI.- A fs. 57 mediante RI 7107 se declara la admisión del proceso.

VII.- Ejercida la opción por el proceso ordinario, y corrido traslado de la demanda, el Sr. Daniel Eduardo Agostino contesta a fs. 101/106.

Niega los hechos relatados por el actor.

Refiere que en el expediente acumulado ha cuestionado el Decreto N° 1237 por deficiencias en la notificación y en el procedimiento, reiterando los fundamentos ya expuestos.

Dice que cumplió con su obligación debido a que la estación de servicio comenzó a operar dentro del plazo establecido de 360 días; y que, por el contrario, la administración incumplió con su obligación de proceder a la escrituración del bien en el plazo establecido de 30 meses, vencimiento que operó el 26 de junio de 2001, a pesar de haber ordenado el pase a la Dirección de Promoción Industrial para su atención con fecha 5 de octubre de 1999.

Ofrece prueba.

Hace reserva de caso federal.

VIII.- Ambas causas se abren a prueba (cfr. fs. 99 y 109 respectivamente), período que luego es clausurado (cfr. fs. 220 y 240 respectivamente).

Las partes presentan sendos alegatos (cfr. fs. 227/231 y 246/250 – 251).

IX.- A fojas 234/247 se expide el señor Fiscal del Cuerpo, quien propicia el rechazo de la acción procesal administrativa interpuesta por Daniel Eduardo Agostino contra la Provincia de Neuquén por la cual solicitó la nulidad del Decreto N° 1237/07 y de la rescisión –por Resolución N° 1037/06 del Ministerio de Producción y Turismo- del convenio de adjudicación de tierra bajo régimen Ley 378 suscripto por las partes y aprobado por Decreto N° 4460/98, y; se haga lugar a la acción de desalojo entablada por la Provincia de Neuquén contra Daniel Eduardo Agostino y/u ocupantes del inmueble objeto del contrato.

X.- A fojas 250 y 260 se dicta la providencia de autos, la que encontrándose firme y consentida, coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

XI.- Para comenzar cabe señalar que la Provincia de Neuquén pretende el desalojo del inmueble ubicado en la intersección de la Ruta N° 7 km. 4,5 y Conquistadores del Desierto, Parque Industrial Neuquén, comprendido por una fracción de terreno que es parte en la fracción S3a del lote oficial sobrante 3, Sección I, Departamento Confluencia, individualizado como Lote Da N.C. 09-23-63-1567 en contra del Sr. Daniel Eduardo Agostino en atención a la rescisión por incumplimiento dispuesta por la Resolución N° 1037/06 del Ministerio de Producción y Turismo.

Por otro lado, el Sr. Agostino solicita la declaración de nulidad del Decreto N° 1237/07 que rechazó el reclamo administrativo interpuesto contra la Resolución N° 1037/06.

Dicho esto, y analizadas las constancias de los expedientes administrativos, surge del Expediente Nro. 2912-1067 año 1997 que el Sr. Daniel Eduardo Agostino presentó al Director de Comercio e Industria un proyecto para la instalación de una estación de servicio de GNC en el Parque Industrial a la vera de la multitrocha Neuquén Centenario, solicitando se le otorgue en venta el predio donde se encontraba la "ex YPF" y que fue devuelto a la Provincia.

La propuesta fue aceptada mediante Decreto 3581/98 (fs. 105 del Expediente Nro. 2912-1067 año 1997) en los siguientes términos: "Acéptase la propuesta de inversión presentada por el Sr. Daniel Eduardo Agostino dentro del régimen de la Ley Provincial N° 378 de Promoción Económica, para construir, instalar, poner en marcha y explotar por su cuenta y cargo una boca de expendio de gas natural comprimido (GNC), como combustible en vehículos automotores, reparación, mantenimiento y construcción del equipamiento para alimentar automotores con (GNC). La Estación de Servicio se radicará en el Parque Industrial de la Ciudad de Neuquén – Area de la Gran Industria."

En el convenio (cfr. fs. 113/116, Expte. 2912-1067) suscripto entre la Provincia y el Sr. Agostino el 16 de diciembre de 1998, luego de la aceptación de la propuesta, las partes acordaron –en lo que aquí interesa-: "CLAUSULA PRIMERA: LA EMPRESA construirá, instalará, pondrá en marcha y explotará por su cuenta y cargo, una boca de expendio de gas natural comprimido (GNC) para ser usado como combustible en vehículos automotores, reparación, mantenimiento y venta de equipamiento para alimentar automotores con GNC. La estación de servicio se radicará en un lote a vender en el Parque Industrial de la Ciudad de Neuquén, Área de la Gran Industria …".

"CLAUSULA SEGUNDA: La Provincia acoge la propuesta de radicación dentro del régimen de la Ley Provincial N° 378 de Promoción Económica, concediendo a LA EMPRESA el único beneficio que se detalla a continuación: a) Venta de la tierra necesaria para las instalaciones del proyecto presentado al Estado Provincial en la Dirección Provincial de Industria y Comercio … b) La venta se realizará a un precio promocional de acuerdo al Artículo 13, inciso d, de la Ley Provincial N° 378 de Promoción Económica…"

"CLAUSULA TERCERA: … la venta del lote será al contado, debiendo abonarse el importe del precio de venta en el momento de la escrituración … Se establece como tiempo máximo para concretar éste acto treinta (30) meses, contados a partir de la firma del Decreto Aprobatorio del presente Convenio" … "La Empresa no podrá transferir los derechos adquiridos sobre el inmueble, ni vender el fondo de comercio y/o el inmueble sin la conformidad previa de la Provincia.

Además se debe cancelar el total de la deuda que tuviera con el Consorcio de Administración del PIN, si existiera". "La empresa deberá poner en funcionamiento y explotación comercial, dentro del plazo y condiciones fijadas en la cláusula OCTAVA del presente convenio, bajo pena de rescisión en caso de incumplimiento, con pérdida a favor de la Provincia de las mejoras que se hubiesen establecido en el predio…"

"CLAUSULA SEXTA. La Empresa se compromete a cumplir la actividad promovida de expendio de gas natural comprimido (GNC) para ser usado como combustible en vehículos automotores, reparación, mantenimiento y venta del equipamiento para alimentar automotores con GNC, por un lapso no menor de quince (15) años, a partir de su puesta en funcionamiento y comercial. Si antes de cumplido los quince (15) años de actividad, la Empresa deseara por razones fundadas en la política nacional en la materia y empresaria propia, suspender la misma, tendrá derecho a obtener la resolución de común acuerdo del Convenio, sin hacerse pasible a la penalidad económica alguna, y con traspaso sin cargo al Estado Provincial del Inmueble vendido con las mejoras introducidas en el predio….".

"CLAUSULA OCTAVA: Con respecto a la provisión de gas natural como insumo industrial y de servicio, estará explicitado en un acuerdo a firmar entre el Sr. Daniel Eduardo Agostino y el Ente privado encargado del abastecimiento de gas natural necesario en el marco de la legislación y reglamentaciones vigentes".

"CLAUSULA NOVENA: Fíjase en 360 días corridos, contados a partir de la fecha de firma del Decreto Aprobatorio del presente convenio, el plazo máximo para la construcción, instalación, puesta en marcha y explotación comercial, por su cuenta y cargo, del proyecto presentado en la Dirección Provincial de Industria y Comercio. El incumplimiento por parte de la Empresa de estos plazos la hará pasible de la ejecución del documento presentado en garantía. Ello salvo que el incumplimiento obedezca a razones de fuerza mayor debidamente justificadas a criterio de la Provincia".

"CLAUSULA DECIMO PRIMERA: Al efectivizarse la puesta en marcha y el normal funcionamiento comercial, la Empresa deberá informar a la Provincia mediante nota correspondiente, para que confeccione la respectiva acta dentro de los diez (10) días corridos inmediatos posteriores a la recepción de la notificación en la Dirección Provincial de Industria y Comercio".

"CLAUSULA DECIMO TERCERA: A todos los efectos que hubiere lugar, ambas partes de común acuerdo se someten a la jurisdicción de los Tribunales de la ciudad de Neuquén, fijando la Provincia domicilio legal en la calle Rioja 306 de la ciudad de Neuquén y la Empresa en calle Mitre 699 de la ciudad de Neuquén, en donde deberán efectuarse las citaciones, notificaciones, requerimiento e intimación judicial o extrajudicial".

El mismo día (16/12/1998) mediante Decreto 4460 (fs. 131 del expediente administrativo ya citado) se aprueba el convenio firmado entre la Provincia de Neuquén y el Sr. Daniel Eduardo Agostino, acogiendo a la empresa a los beneficios que otorga la Ley N° 378 de Promoción Económica para instalar, poner en marcha y explotar por su cuenta y cargo, una boca de expendio de GNC, y se otorga en venta el lote de terreno ubicado en el Parque Industrial de Neuquén.

Luego, a fs. 120 del mismo expediente administrativo, el Sr. Agostino, mediante nota fechada el 28 de septiembre de 1999 informa al Secretario de Producción y Turismo que el 1 de mayo fue inaugurada la estación de expendio de GNC cumpliendo con la finalidad a la que se comprometieron en el acto de entrega del predio. Destaca que la inversión fue realizada con total aporte y capital de su parte.

En fecha 17 de abril de 2000 (conf. fs. 126) el Sr. Agostino informa a la Secretaría de Industria y Comercio que luego de ocho meses de mucho esfuerzo, el 27 de diciembre de 1999 se vio obligado a devolver al Banco de la Provincia de Buenos Aires el compresor por no poder continuar con el contrato de leasing por no obtener los resultados mínimos proyectados. Solicita autorización para incorporar nuevos rubros: expender combustible líquido, instalar infraestructura para otro tipo de servicios como parador de camiones y/o micros, gomería, servicios mecánicos para vehículos, lubricentro, lavadero, etc. Solicita además se le permita fusionar con otra empresa o eventualmente vender el predio con los objetos enumerados.

En fecha 23 de diciembre de 2002 Agostino informa al Director de Industria y Comercio que la situación se ha revertido y están en condiciones de reabrir la estación, calculando la fecha de reapertura para los primeros días de marzo o abril

de 2003. Refiere que el convenio con la Provincia se encuentra vencido y solicita uno nuevo con nuevos plazos de vencimiento, concretamente: una extensión del plazo por 60 meses para la cancelación del predio (conf. fs. 139).
En 5 de noviembre de 2004 en el Expte. Nro. 2912-1067/97 Agostino presenta una nueva nota solicitando se verifiquen las inversiones realizadas según el compromiso asumido, y se arbitren los medios necesarios para proceder a la tasación del predio otorgado en venta, según las normas vigentes, con el ánimo de llegar a un acuerdo de cancelación de la deuda y finalmente escriturar el bien a su nombre, todo de acuerdo al contenido del decreto (conf. fs. 140).
Por otro lado, del expediente administrativo Nro. 3310-6037/2005 surge que el 15 de marzo de 2005 el Sr. Ramón Benitez presenta una nota a la Dirección de Industria y Comercio donde manifiesta que suscribió un contrato de comodato con el Sr. Agostino mediante el cual Agostino le entrega en comodato el inmueble.
Agrega que él es el socio gerente de RUTA 7 SRL y en tal carácter le solicitó a Agostino pasar el inmueble a nombre de la sociedad. Refiere que Agostino es socio por el predio y él es el socio capitalista ya que hizo las inversiones para la reactivación. Manifiesta que su propuesta es pagar el monto de la propiedad y se escriture a nombre de la sociedad. Acompaña documentación, entre la que figura el contrato de comodato (fs. 8) y la habilitacion comercial a nombre de RUTA 7 GNC S.R.L. fecha de inicio: 18/5/2004 (fs. 109).
Esta presentación es elevada por el Director de Industria al Director Provincial de Industria y Comercio el 23 de marzo de 2005 (conf. fs. 263/264), donde solicita sean giradas a la Dirección General de Asesoría Legal teniendo en cuenta que con fecha 5 de noviembre de 2004 el Sr. Agostino hizo una presentación en la Dirección de Industria donde informa la puesta en marcha nuevamente de la Estación de GNC y solicita la verificación de las inversiones realizadas según convenio, la tasación del lote con el fin de proceder a su cancelación y lograr la escritura traslativa de dominio a su nombre.
El 13 de abril de 2005 Benitez presenta una nota al Ministro de Producción y Turismo donde, luego de dar su versión sobre los hechos sucedidos, solicita se le permita comprar el predio donde él está llevando adelante el proyecto abandonado por Agostino en el 2001 (conf. fs. 270).
Luego, el 25 de abril de 2005 Benitez solicita se revoque el Decreto 4460/98 por incumplimiento por parte de Agostino de las obligaciones que fija el régimen de la Ley 378 de Promoción Económica, y las asumidas en el convenio celebrado. Solicita que hasta tanto se pueda realizar un nuevo convenio se le otorgue un permiso precario de uso del suelo (conf. fs. 275/277). Reitera la petición el 24 de mayo de 2005 (fs. 320).
A fs. 325/328 el Director de Industria informa al Director Provincial de Industria y Comercio sobre lo acontecido con relación al proyecto y señala que el 20 de mayo de 2005 se realizó una visita al emprendimiento, donde fueron atendidos por la esposa del Sr. Benitez y comprobaron que está en pleno funcionamiento.
El Asesor Legal del Ministerio de Producción y Turismo refiere a fs. 331/332 (9 de junio de 2005) que la explotación comercial del inmueble está a cargo de la sociedad RUTA 7 GNC S.R.L. y no del adjudicatario. Agrega que de las diversas presentaciones surge que existe un evidente conflicto de intereses societarios entre las partes, que no es de competencia del Estado Provincial y debe ser resuelto en el ámbito judicial de no existir acuerdo. Agrega que sí es competencia de la Administración establecer si se han afectado intereses del fisco, y concluye que los plazos se encuentran vencidos sin que se haya llevado a cabo la venta y escrituración del inmueble, y se han verificado diversos incumplimientos a las pautas establecidas en el convenio. Opina que están dadas las condiciones para disponer la caducidad de la adjudicación y rescindir el contrato recuperando el inmueble.
Luego se dispone la citación al Sr. Agostino, quien se notifica suscribiendo la nota de fs. 340, donde se le requiere se presente en la Dirección de Industria a fin de informarlo sobre la presentación efectuada por el Sr. Benitez.
A fs. 356, el 21 de julio de 2005 el Sr. Agostino se presenta con patrocinio letrado y solicita copia de la totalidad del expediente, entregándosele un juego el 3 de agosto de 2005 (fs. 358).
En fecha 17 de agosto de 2005 Agostino informa que la sociedad se encuentra intervenida judicialmente conforme medida adoptada en los autos: "AGOSTINO FEDERICO JAVIER C/ RUTA 7 S.R.L. Y OTROS S/ ACCION DE REMOCIÓN" donde se solicitó la remoción de Ramón Benitez. Solicita que se abstengan de proseguir con el trámite hasta tanto no se dicte resolución judicial.

El mismo día presenta una nota al Director de Industria y Comercio y destaca que si bien existe una adjudicación y otorgamiento en venta del predio, no llevó a cabo un contrato de traslación de derechos ya que los derechos que le fueron cedidos fueron los de compra del predio y éstos no fueron transferidos, dados en comodato ni cedidos. Agrega que tuvo que recurrir a aportes de terceros, asociándose a la hija de Ramón Benitez que poseía en calidad de préstamo un equipo compresor de GNC, que formó una SRL con uno de sus hijos, aportando él el inmueble, en calidad de socio del socio. Señala que si bien los plazos se encuentran vencidos, existe un pedido formal de tasación y escrituración a fines del año 2004, de lo que no se le ha notificado resolución alguna.

A fs. 366, el 18 de agosto de 2005, Benitez solicita se resuelva el pedido de caducidad de la adjudicación del inmueble realizado a título personal, y no en representación de la SRL.

A fs. 369/371 el Asesor Legal del Ministerio de Producción y Turismo opina que están dadas las condiciones para la desadjudicación, y debería determinarse si se encuentran cumplidos los requisitos previstos en la Ley Provincial N° 378, y teniéndose en cuenta para ello las inversiones realizadas y las futuras consecuencias o mejores derechos que pudieran surgir de las acciones particulares originadas en el conflicto societario para proceder a una futura readjudicación.

Acto seguido, el Director Provincial de Industria y Comercio aconseja se intime a Agostino a acreditar en el plazo de quince días el cumplimiento del convenio de radicación de la boca de expendio de gas natural comprimido en el lote que se le asignara en el Parque Industrial, detallando las inversiones realizadas, personal en relación de dependencia y adjuntando: constancias de inscripción en los organismos de fiscalización nacionales y provinciales: el acuerdo con la empresa proveedora de gas (cláusula 8° del convenio) y la habilitación comercial respectiva. La intimación es recibida por Agostino en fecha 16 de septiembre de 2005 (fs. 376).

A fs. 386 del expediente 3310-6037/2005 se acumula el mencionado con el expediente 2912-1067/97, y en éste último, a fs. 141, en fecha 5 de octubre de 2005 el Sr. Agostino cumple con el requerimiento recibido. Brinda las explicaciones que considera pertinentes y acompaña documentación. Entre otras: convenio de participación societaria: Agostino Federico Javier y Agostino Daniel Eduardo, plano del predio a nombre de Agostino y sus instalaciones.

Solicita una ampliación del plazo para contestar afirmando que el expediente administrativo fue remitido al Juzgado Civil por el trámite de amparo por mora y no ha podido tomar vista.

El 17 de enero de 2006 Agostino realiza una nueva presentación en el expediente 2912-1067/97 (fs. 165/168), y otra más el 6 de marzo de 2006 (fs. 171/173) donde refiere que está realizando nuevas inversiones para la puesta en marcha de la estación de gas natural comprimido y acompaña documentación.

Ante ello, el 10 de marzo de 2006 (fs. 269/273) el Director Provincial de Industria y Comercio considera como lo más conveniente otorgar un plazo perentorio, de cumplimiento efectivo, para la puesta en funcionamiento del emprendimiento por parte del Sr. Agostino, so pena de denuncia del convenio inmediatamente de incumplido el mismo en este nuevo plazo que se otorgaría.

Luego, a fs. 400/402 del expediente 3310-6037/2005, el 12 de abril de 2006 el Sr. Fiscal de Estado dictamina que las actuaciones llevan a considerar procedente la rescisión del convenio, por considerarse que el Sr. Agostino no ha dado debido cumplimiento en tiempo y forma a las obligaciones asumidas.

Por otro lado, se inicia el expediente Nro. 3100-016489/2005 a consecuencia de una presentación realizada por Benitez, y a fs. 133 se dispone la acumulación con los dos anteriores.

En este último expediente, se emite el Dictamen N° 829/05 donde el Asesor General de Gobierno refiere que se encuentran dadas las condiciones para proceder a la desadjudicación del predio en el cual se encuentra la estación de GNC en virtud de encontrarse verificados los incumplimientos del beneficiario original. Y en consideración a la inversión realizada por el reclamante (Benitez), teniendo en cuenta que el mismo es el dueño de todos los artefactos y equipos necesarios para llevar adelante la explotación y actividad comercial propia del rubro, que también asumió el pago de los impuestos y tasas pertinentes, y que actualmente se encuentran trabajando a su cargo un número importante de personal, la Asesoría estima conveniente que se revoque la adjudicación y se le adjudique en venta al presentante de autos, por cumplir con las exigencias del caso.

Y, en éste último se dicta el Decreto Nro. 1116 en fecha 28 de junio de 2006, luego de la solicitud de revocación introducida por Agostino, en el que se rechaza el reclamo administrativo interpuesto, y se instruye al Ministerio de Producción y Turismo, para que a través de la Dirección Provincial de Industria y Comercio, se avoque a la resolución de los presuntos incumplimientos al convenio aprobado por Decreto N° 4460/98, de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Promoción Industrial y Económica N° 378.

Luego, en la misma fecha, se dicta el Decreto N° 1117 dando respuesta a lo peticionado por el Sr. Benitez en cuanto a que se avoque el Sr. Gobernador a resolver el Expediente N° 3310-6037/05, en lo referido al pedido de desadjudicación, y se rechaza el reclamo administrativo.

Finalmente, -y aquí las normas impugnadas en esta acción procesal administrativa- el 19 de septiembre de 2006 se dicta la Resolución N° 1037/06 (conf. fs. 150/151) por la que se resuelve: "Artículo 1: RESCINDASE por incumplimiento (Cláusula Tercera Inc. a) in fine e Inc. c) 7 ccs.), el Convenio suscripto oportunamente entre el Estado Provincial y el Señor Daniel Eduardo Agostino, DNI N° ... por la venta de una fracción de terreno en el Parque Industrial de Neuquén para la Explotación de boca de expendio de Gas Natural Comprimido (GNC) …." "Artículo 2°: Por la Dirección Provincial de Industria y Comercio, INTIMESE al Señor Daniel Eduardo AGOSTINO y/o terceros ocupantes a que en el término de diez (10) días proceda al Desalojo del inmueble comprendido por una fracción de terreno que es parte en la fracción S3a del Lote Oficial sobrante 3, Sección I, Departamento Confluencia, ubicado en el Parque Industrial de Neuquén y que se individualiza como Lote Da, Nomenclatura Catastral 09-23-63-1567, debiendo entregarlo libre de todo ocupante y a retirar la totalidad de los Bienes muebles introducidos en él, todo ello bajo apercibimiento de dar intervención a la Fiscalía de Estado, para el inicio de las acciones judiciales que para el caso correspondan. Artículo 3: NOTIFIQUESE la presente Resolución a la Dirección Provincial de Industria y Comercio, a los fines de realizar la notificación correspondiente y labrar las demás actuaciones necesarias y tendientes a lograr el recupero del citado inmueble …".

A fs. 153 obra cédula de notificación dirigida a Daniel Eduardo Agostino en el domicilio de Mitre 699, y recepcionada por Rubén Sepúlveda, sin indicarse la fecha, luego de lo cual se da intervención a la Fiscalía de Estado.

En fecha 1 de noviembre de 2006, en expediente Nro. 3100-023150/2006 el Sr. Agostino interpone recurso administrativo jerárquico contra la Resolución Nro. 1037/06, que concluye con el dictado del Decreto 1237 por el que se rechaza el reclamo administrativo.

El Decreto es notificado al Sr. Agostino, y luego intimado, mediante carta documento, a desalojar el inmueble en el término de diez días.

Hasta aquí todo lo tramitado en los expedientes administrativos.

XII.- Dicho esto, se analizará en primer lugar el planteo formulado por el Sr. Agostino con relación a la nulidad del procedimiento administrativo en el que se dictara la Resolución Nro. 1037/06, y su notificación.

De acuerdo a lo relatado en el punto anterior, el expediente administrativo Nro. 3100-016489/2005 fue iniciado por el Sr. Ramón Benitez, y el Sr. Daniel Agostino se presentó a tomar intervención el 6 de marzo de 2006 constituyendo domicilio en Avda. Argentina 179 segundo piso, Of. 106.

Luego, la Resolución aquí impugnada fue notificada en el domicilio constituido por Agostino en el Convenio del 16 de diciembre de 1998 (Mitre 699), sin señalarse la fecha en que la cédula de notificación fue entregada.

Si bien estas consideraciones parecen darle la razón al Sr. Agostino en lo que a la notificación defectuosa se refiere, ello no resulta suficiente para declarar la nulidad de la Resolución 1037/06.

Al respecto, es cierto que conforme lo prevé nuestro ordenamiento, el debido proceso administrativo comprende el derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a obtener una decisión fundada.

En este punto se advierte que el actor estuvo en condiciones de ejercer su derecho de defensa. Ello así en virtud, primero, de las múltiples posibilidades de impugnación que ofrece el procedimiento administrativo –en el que participó voluntariamente y fue citado- y, segundo, por la amplitud de debate y prueba que otorga la acción procesal administrativa.

Su derecho de defensa ha quedado a salvo, desde que, ha tenido posibilidad de demostrar, tanto en sede administrativa como en el marco amplio de una acción como la presente, que cumplió con sus obligaciones y/o que no estaban dadas las condiciones para decretar la rescisión.

Por otra parte, en sede administrativa, el recurso jerárquico interpuesto por el Sr. Agostino contra la Resolución 1037/6 fue tratado en amplitud –aun cuando el interesado no comparta la solución-, y no fue desechado con argumento en la temporaneidad o extemporaneidad del mismo.

Lo señalado resulta suficiente para descartar el pedido de nulidad formulado por el Sr. Agostino en orden a la notificación defectuosa.

XIII.- Cabe analizar ahora las restantes cuestiones planteadas.

Las partes se han vinculado a través de un contrato sujeto al régimen de promoción económica en los términos de la Ley Provincial 378.

En este contexto, Agostino formuló una propuesta de inversión que fue aceptada por la Provincia de Neuquén. Así se configuró una relación bilateral: las ventajas o beneficios que otorga el sistema requiere de la solicitud del administrado, y se completa con la aceptación de la Administración que otorga alguna ventaja o medida de promoción económica: en el caso, la venta del terreno a precio promocional (cláusula segunda del convenio). Por su parte, el administrado asume diversas cargas y obligaciones: tales las enumeradas en las cláusulas primera, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, novena, décima, décima primera, décima segunda.

Nuestro más Alto Tribunal, se ha manifestado sobre esta cuestión en los autos:

"Metalmecánica S.A.C.I. v. Gobierno de la Nación" (Fallos 296:672) donde sostuvo que: "...el régimen de promoción de la industria automotriz -como se ha dicho- colocaba a ésta como una actividad reglamentada, cuyo ejercicio requería contar con la correspondiente autorización. La voluntad del interesado debía, en consecuencia, manifestarse para la incorporación al régimen; pero desde el momento que ésta era aceptada, otra voluntad, la de la Administración Pública, en conjunción con aquélla, daba nacimiento al acto administrativo que resultaba de ese modo bilateral en su formación y también en sus efectos. En su formación, porque el pedido del interesado de acogerse al referido régimen era presupuesto esencial de su existencia; y en sus efectos, porque originaba los respectivos derechos y obligaciones emergentes de esa concurrencia de voluntades".

En consecuencia, ésta es una actividad desarrollada por un particular, acogiéndose a las condiciones y requisitos establecidos por la Administración para gozar de ciertos beneficios, y por otro lado, asumiendo obligaciones a su cargo.

Dadas las características del régimen de promoción económica se advierte que la calidad del contratante adquiere relevancia, de lo que se sigue que una grave alteración en la personalidad del contratante puede transformarse en causal de rescisión del contrato.

A la luz de estos conceptos se analizará el caso de autos.

XIII.1.- Corresponde examinar si el Decreto N° 1237 adolece de los vicios que el Sr. Agostino le asigna.

En base a lo relatado en el punto XII y las pruebas producidas en esta instancia judicial habrá de determinarse si el Sr. Daniel Agostino ha incumplido los compromisos asumidos en el Convenio aprobado por el Decreto 4460/98.

La Resolución Nro. 1037/6 declaró rescindido por incumplimiento el convenio suscripto oportunamente entre el Estado Provincial y el Sr. Daniel Eduardo Agostino por la venta de una fracción de terreno en el Parque Industrial de Neuquén para la explotación de una boca de expendio de Gas Natural Comprimido.

En la mencionada resolución se destaca el incumplimiento a la cláusula tercera inc. a) in fine e inc. c) y ccs. Por otro lado, en el cuerpo de la resolución se menciona que se han verificado diversos incumplimientos por parte del Sr. Agostino en la ejecución del referido convenio como ser el no cumplimiento de las obligaciones asumidas y la cesión en comodato a terceras personas del inmueble otorgado en venta.

A su turno, el Decreto 1237/07 rechaza el recurso interpuesto contra la Resolución 1037/6 afirmándose que se ha comprobado que el incumplimiento de la finalidad de la Ley N° 378 se debe a causas imputables pura y

exclusivamente al Sr. Agostino, que se encuentra acreditado que no explota la estación de servicio, habiendo cedido la misma a un tercero, siendo el contrato intransferible, debiendo desalojar el inmueble en el término de diez días.

XIII.2.- El Convenio suscripto el 16 de diciembre de 1998 fue en los términos que establece la Ley 378 de Promoción Económica, y así fue aprobado por Decreto 4460.

Concretamente, en lo que ha dado fundamento a la Resolución de rescisión y el Decreto posterior, el Sr. Agostino se obligó a construir, instalar, poner en marcha y explotar por su cuenta y cargo una boca de expendio de gas natural comprimido. A su vez, se convino que Agostino no podía transferir los derechos adquiridos sobre el inmueble, ni vender el fondo de comercio y/o el inmueble sin la conformidad previa de la Provincia.

Por su parte, Agostino sería beneficiado con la venta de la tierra a precio promocional de acuerdo al artículo 13 inc. d de la Ley Provincial 378 de Promoción Económica.

De las constancias de los expedientes administrativos referidos en los puntos anteriores surge que Daniel Eduardo Agostino puso en marcha la estación de GNC el 1 de mayo de 1999 (fs. 120 del expediente 2912-1067), atravesando luego algunos inconvenientes económicos –conforme relata-, que no le permitieron continuar con la actividad, y anunciando con posterioridad que reabriría la estación en marzo o abril de 2003 (fs. 139).

A continuación, en septiembre de 2003 Daniel Eduardo Agostino suscribe un contrato de comodato con el Sr. Ramón Daniel Benitez del que resulta que Agostino entrega el inmueble objeto del convenio con la Provincia en comodato a Benitez (conf. fs. 8 del expediente 3310-6037). Esto es reconocido expresamente por el actor.

Sin embargo difiere en cuanto al alcance que le otorga a este contrato.

En el convenio el actor se obligó a explotar por su cuenta y cargo la estación de GNC encontrándose imposibilitado de transferir los derechos adquiridos sobre el inmueble.

Uno de los principales derechos que Agostino tenía sobre el inmueble conforme el convenio era el derecho de USO. Y este ha sido justamente el derecho que ha trasmitido en el contrato de comodato suscripto con Benitez, toda vez que mediante este contrato justamente una persona (en este caso Agostino) entrega a otra (Benitez) una cosa (el inmueble objeto del convenio) en forma gratuita para su uso.

Aquí el primer incumplimiento del actor a la luz de lo dispuesto por la cláusula tercera inc. c) del convenio: "La EMPRESA no podrá trasferir los derechos adquiridos sobre el inmueble … sin la conformidad previa de la Provincia". No surge que se haya solicitado la conformidad de la Provincia previo a la suscripción del contrato de comodato.

Por otro lado, Agostino se obligó a construir, instalar, poner en marcha y explotar por su cuenta y cargo una boca de expendio de gas natural comprimido.

Pero, de las constancias obrantes en los expedientes administrativos, la licencia comercial expedida por la Municipalidad de Neuquén lo fue a favor de RUTA 7 GNC S.R.L. (conf. fs. 119 del expediente 3310-6037). De ello se concluye que la explotación no se realizó por cuenta y cargo de Agostino sino de la sociedad de responsabilidad limitada.

Así las cosas, se encuentran acreditados los incumplimientos en los que incurriera el actor, que no fueron desvirtuados en esta etapa judicial.

Estas circunstancias de hecho, coinciden con las establecidas en los considerandos del Decreto 1237/07, en el que, luego de hacer referencia a las obligaciones asumidas por "LA EMPRESA" se alude a que entregó el inmueble en comodato a Benitez, que se incumplió con la finalidad de la Ley 378, por cuanto se encuentra acreditado que Agostino no explota la estación de servicio, habiendo cedido la misma a un tercero.Lo expuesto, pone de relieve la concordancia existente entre la situación de hecho en que se fundamenta el Decreto impugnado y las circunstancias fácticas acreditadas.

XIII.3.- En punto al alegado vicio o error en la motivación, tampoco se advierte que esté configurado, en virtud de que, el Decreto tiene motivación suficiente y concordante con las constancias obrantes en las actuaciones administrativas.

La motivación de un acto administrativo ha sido definida, por la doctrina, como las razones que han llevado al órgano a emitir el acto en la forma que lo ha hecho. Las razones que se requieren son tanto las que hacen a las circunstancias fácticas como al derecho aplicable (Gordillo Agustín, Lexis N° 8001/001855).

A la luz de las constancias obrantes en el expediente administrativo, el Decreto impugnado tiene motivación suficiente y concordante con las constancias obrantes en las actuaciones administrativas, que tampoco fueron desvirtuadas con la prueba rendida en esta instancia judicial.

Finalmente, en lo que aquí respecta, se advierte que la Administración ha ejercido la facultad de rescindir el convenio suscripto en mérito a los incumplimientos en los que incurriera el Sr. Agostino, los que a han de reputarse como trascendentes si se tiene en cuenta que las partes se vincularon a través de un régimen de promoción industrial, en donde la calidad del cocontratante adquiere particular importancia.

XIV.- Del análisis efectuado, se advierte que no ha sido acreditada la existencia de los vicios alegados. Asimismo, no se insinúan en las actuaciones administrativas elementos que permitan concluir que el accionar de la Administración haya sido ilegal ni arbitrario.

Es decir que partiendo del hecho controvertido en la causa: incumplimiento de las obligaciones asumidas en el convenio, es dable observar que la prueba producida en autos, no alcanza para conmover la legitimidad del acto de rescisión, en atención a que no ha logrado desvirtuar el incumplimiento que se tuvo por configurado.

En consecuencia, propongo al Acuerdo, se rechace la demanda interpuesta por Daniel Eduardo Agostino, con costas a su cargo; y se haga lugar a la demanda de desalojo interpuesta por la Provincia de Neuquén, con costas a cargo del demandado (art. 68 del CPCC y 78 de la ley 1305). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Vocal que abre el Acuerdo, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda interpuesta por DANIEL EDUARDO AGOSTINO contra la PROVINCIA DEL NEUQUEN. 2°) Imponer las costas al actor vencido (art. 68 del CPCyC, de aplicación supletoria en la materia). 3°) HACER lugar a la demanda interpuesta por la PROVINCIA DEL NEUQUEN contra DANIEL EDUARDO AGOSTINO y, en consecuencia, condenar a éste último y/u ocupantes a desalojar el inmueble ubicado en la intersección de la Ruta N° 7 km. 4,5 y Conquistadores del Desierto, Parque Industrial Neuquén, comprendido por una fracción de terreno que es parte en la fracción S3a del lote oficial sobrante 3, Sección I, Departamento Confluencia, individualizado como Lote Da N.C. 09-23-63-1567 en el término de 10 días de notificada la presente, bajo apercibimiento de disponer el mismo con auxilio de la fuerza pública. 4°) Imponer las costas al demandado, en su carácter de vencido en juicio (cfr. art. 68 C.P.C.yC. y 71 de la Ley 1.305). 5°) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad en que existan pautas para ello. 6°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. EVALDO DARIO MOYA

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"ARRIAGADA ORMEÑO RAÚL Y OTROS C/ VERITAS D.G.C. S/ COBRO DE HABERES" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 227/2009) – Acuerdo: 36/15 – Fecha: 13/10/2015

DERECHO DEL TRABAJO: Ley de contrato de trabajo.

MODALIDADES DE CONTRATO DE TRABAJO. CONTRATO DE TRABAJO A PLAZO FIJO. ART. 90 INC. b)/LCT. REQUISITOS. PAUTA INTERPRETATIVA. CERTIFICADO DE TRABAJO. ART. 80/LCT.

INDEMNIZACION POR INCUMPLIMIENTO. RECLAMO DE HORAS EXTRAS. HONORARIOS. BASE REGULATORIA. INTERESES.

1.- Corresponde casar el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones local, en cuanto aplica e interpreta erróneamente los arts. 90, 92 y 93 de la Ley de Contrato de Trabajo y por consiguiente, establecer que el vínculo existente entre las partes debe caracterizarse como de tiempo indeterminado (Art. 10 Ley citada). De acuerdo a los lineamientos trazados, y en virtud de la infracción legal constatada, el Tribunal Superior de Justicia fija la siguiente pauta interpretativa en relación con el Art. 90 inc. b), de la Ley de Contrato de Trabajo, en armonía con la protección constitucional que emerge del Art. 14 de la Constitución Nacional, en el sentido que: "debe atenderse al tipo de necesidad implicada como objeto de contratación, es decir, si ésta responde a una necesidad permanente o transitoria".

2.- […] la redacción de la norma -Art. 90 inc. b) de la L.C.T.- ha sido criticada por un sector de la doctrina –que comparto- cuando refiere a "las tareas" o a "la actividad" como justificativas de la contratación temporal, porque lo que verdaderamente importa es la índole de la necesidad implicada como objeto específico de la contratación. (El énfasis utilizado da cuenta de la relevancia que reviste tal extremo). Esta necesidad, que motiva al vínculo laboral, puede estar relacionada con tareas extraordinarias y ajenas a la actividad habitual de la empresa, o bien con tareas ordinarias de la misma pero que en razón de alguna contingencia provisional sea necesario atender mediante contratos temporarios, como ocurre con ciertos reemplazos o refuerzos. (ob. cit, Tomo II, pág. 11). De manera que, según la interpretación jurisprudencial mayoritaria, si las contrataciones tienen como objeto atender necesidades permanentes, la justificación requerida está ausente, tal como ocurre en el caso de autos.

3.- Corresponde hacer lugar el Recurso de Nulidad Extraordinario planteado por la actora (art. 18 de la ley 1406) en tanto se configura el vicio de nulidad alegado cuando el pronunciamiento supedita la indemnización del Art. 80 al trámite administrativo para integrar los aportes por servicios privilegiados, sin advertir que el fallo de Primera Instancia condenó a la demandada por no haber entregado ninguna de las certificaciones contempladas en la norma, aun sin el código 01. El principio de congruencia está dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional en tanto exige una correlatividad entre lo pretendido y lo decidido en la sentencia.

4.- […] con la sanción de Ley N° 2.933 queda saldada la discusión que motivó el recurso planteado en autos, al consignar en forma explícita que los intereses integran la base a considerar para la regulación de honorarios. También, al establecer que el

dispositivo es aplicable a situaciones jurídicas que no se encuentren firmes – tal, el caso presente-.

5.- […] Sobre la prueba de las horas extras se debaten –en estos tiempos- varias cuestiones. En primer término, si alcanzan las simples presunciones para tener por demostrada su realización y cantidad; o, en cambio, si es necesario que el trabajador pruebe de manera contundente, precisa y directa esos hechos. Por otro lado, acerca de las cargas que pesan sobre el empleador respecto al trabajo complementario, aspecto relacionado directamente con el anterior. (DE MANUELE, Abel Nicolás - FREM, Gabriel, Jornada de Trabajo y descansos, análisis doctrinario y jurisprudencial, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 2013, pag. 354-55)- […] Los diferentes pronunciamientos judiciales marcan una evolución sobre el tema a partir de exigírsele en otros tiempos que la persona trabajadora demuestre en forma precisa y estricta las horas extras. En cambio, actualmente basta con probar -por cualquier medio- que se prestó tareas por encima del horario legal, para que se desplace el onus probandi -carga de la prueba- y sea el empleador el que deba exhibir el registro ordenado por el Art. 6° de la Ley 11.544. (aut. y ob. Cit.).

Texto completo:

ACUERDO NRO. 36 En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los trece (13) días de octubre de dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctores OSCAR E. MASSEI y RICARDO T. KOHON, con la intervención de la secretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia en los autos caratulados: "ARRIAGADA ORMEÑO RAÚL Y OTROS C/ VERITAS D.G.C. S/ COBRO DE HABERES" (Expte. N° 227 - año 2009), del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES: A fs. 817/915 vta. y 917/942 vta., las partes -actora y demandada- deducen sendos recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad de Neuquén, Sala I, obrante a fs. 795/800 vta., que confirma la justificación de la modalidad contractual a plazo fijo; ordena expedir las certificaciones de servicios y remuneraciones bajo el amparo del Decreto 2.136/74; supedita la indemnización del Art. 80 de la L.C.T. al trámite que manda efectuar ante el organismo previsional y regula los honorarios profesionales tomando como base el capital e intereses.

A fs. 946/956 y 959/970 obran las respectivas contestaciones de agravios.

A fs. 1001/1004, por Resolución N° 281/12, se declaran admisibles los recursos interpuestos por las partes.

Firme la providencia de autos, y efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que este Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resultan procedentes los recursos deducidos? 2) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. OSCAR E. MASSEI, dice:

I. Ante todo, considero necesario resumir los antecedentes relevantes de la causa, de cara a la impugnación extraordinaria.

1. Que a fs. 1/66 se presentan veinticuatro (24) actores con el objeto de percibir diversos rubros salariales, indemnizaciones laborales y la entrega de los certificados de trabajo y cesación de servicios.

Indican las fechas de inicio y finalización de cada uno de los contratos de trabajo como también las tareas cumplidas y categoría. Afirman -en lo que aquí interesa- que las vinculaciones laborales deben considerarse por tiempo indeterminado y no a plazo fijo como han sido registradas. Ello así, porque no se encuentran cumplidos los recaudos establecidos en el Art. 90 de la L.C.T.

Y, dicen:

a) Que, en el caso de los Sres. Ramírez, López y Gómez Guarda, la relación laboral con la empresa demandada superó los cinco años.

b) Que, las tareas desempeñadas por los actores fueron las normales y habituales de la demandada, y se cumplía de ese modo con el objeto social, esto es, la exploración geofísica y sísmica de hidrocarburos.

c) Que, según la cláusula doce de cada contrato, la empresa mantenía la facultad de trasladarlos a otras zonas, lo que impide justificar el límite del tiempo estipulado.

d) Que, al reiterarse en el tiempo los contratos a plazo, constituyeron una maniobra fraudulenta de la empleadora para evitar los derechos atinentes a la continuidad laboral.

e) Que, al haberse omitido otorgar los respectivos preavisos, las contrataciones se convirtieron en relaciones de plazo indeterminado.

f) Que, tampoco han sido registrados los contratos en los términos de los Arts. 7 y 18 de la Ley 24.013 y 2 del Dcto. Regl. 2725/91. Igualmente, los recibos de haberes nada informan sobre la supuesta relación a plazo fijo.

g) Por último, la modalidad contractual no fue comunicada al Sindicato de Petróleo y Gas privado de Río Negro y Neuquén, tal como lo establece el Art. 81 del Convenio Colectivo aplicable a la actividad.

Ponen de resalto que el fraude laboral tuvo como fin impedir la acumulación de la antigüedad de los trabajadores con afectación de los derechos que de ella se derivan.

Aclaran que la empleadora se dedica a la exploración sísmica y geofísica y que los actores se encontraron encuadrados en las disposiciones de los sucesivos C.C.T. petroleros privados, tales como 68/89; 299/98 y 340/01, porque realizaban típicas labores de la actividad.

Reclaman diferencias salariales, entre las que se hallan las correspondientes a las horas extras realmente trabajadas y las abonadas.

Finalmente, solicitan la entrega de certificados de trabajo y la certificación de servicios y remuneraciones. También, la rectificación de las otorgadas acordes con el código 01 que responde a tareas riesgosas y/o peligrosas.

2. Corrido el traslado pertinente, se presenta VERITAS D.G.C. LAND INC. SUCURSAL ARGENTINA, a contestar demanda.

En lo referente a su actividad, afirma, que se dedica a la prospección sísmica, a la explotación geofísica de petróleo y gas y que presta sus servicios para empresas indeterminadas que resultan propietarias, concesionarias o detentadoras a cualquier título de zonas a explorar. Es decir -explica-, que desarrolla sus labores exclusivamente para empresas clientes que son quienes establecen la cantidad de días y zona donde se habrá de emprender el trabajo de prospección sísmica.

Dice que es un hecho conocido que las empresas de sísmica -como la demandada- dependen de los contratos de las productoras de gas y petróleo.

Afirma, que no se puede pretender garantía de ocupación de los trabajadores cuando todos los contratos de exploración sísmica tienen un inicio y una finalización claramente determinada.

Y, que la modalidad a plazo fijo que se encuentra prevista en el Art. 81 ss. y ccdts. del Convenio Colectivo de Trabajo, se presenta como un principio en la actividad de exploración geofísica, al punto de prever una extensión en aquellos casos que las características del trabajo lo justifiquen.

Agrega que -en el de autos- desde el primer contrato a plazo fijo y hasta la finalización del último se trabajó para distintos proyectos de diferentes empresas que requerían los servicios de la demandada.

Y, dice:

"En autos verá S.S. que cada contratación tuvo en vista conformar el grupo de trabajo necesario para cumplir el contrato de prestación de labores sísmicas que a su tiempo la mandante tenía comprometido con la empresa responsable del área" (fs. 94).

Descarta la habitualidad y regularidad que habría provocado expectativa de continuidad con fundamento en que cada proyecto se trabajó en un lugar geográfico distinto.

Con relación a las diferencias en el pago de horas extras, destaca la imprecisión del reclamo porque no se indica en qué circunstancia se habrían generado las horas suplementarias y dice que las trabajadas fueron abonadas conforme las constancia que lucen en los recibos de haberes.

En lo que respecta a la entrega de las certificaciones de servicios y remuneraciones dice que -en la especie- no existe constancia administrativa que califique los servicios prestados por los actores como contemplados en el Decreto 2.136/74 tal como ha sido resuelto por la Cámara de Apelaciones local en la causa "Anaya Tapia Bernardo Walter c/ Astra Cía. Argentina de Petróleo s/ Indemnización".

3. A fs. 664/672 vta. obra la sentencia de Primera Instancia que hace lugar parcialmente la demanda. En lo que aquí importa y en primer término, desestima la pretensión de los actores de considerar la modalidad contractual como de plazo indeterminado.

Las razones que llevan al A-quo a decidirse en ese sentido, son las siguientes:

Por un lado, tiene por acreditada que la actividad de la empleadora responde a requerimientos de personas ajenas, donde se establece un plazo y lugar de ejecución de las tareas y, en consecuencia, por cumplidos los requisitos que impone el Art. 90 de la L.C.T.

Por otra parte, el Convenio Colectivo que rige la actividad (C.C.T. 340/01 – art. 81 – y CCT 396/04 –art. 3-) que prevé expresamente la posibilidad de contratación a plazo determinado.

Considera que las contrataciones sucesivas a plazo fijo no generaron expectativa de continuidad en el empleo porque no se efectuaron en forma ininterrumpida.

Juzga, entonces, que no se encuentran cumplidos los requisitos fácticos establecidos por el Art. 93 de la L.C.T. como para considerar operada la conversión del contrato a plazo fijo, en uno de tiempo indeterminado.

Luego, admite el reclamo referido a los certificados previstos en el Art. 80 de la L.C.T. y el Art. 12, inc. g) de la Ley 24.241 y ordena que se confeccionen con la constancia de que la labor efectuada por los trabajadores encuadra dentro del código 01, conforme lo dispuesto por el decreto 2.136/74.

Finalmente, hace lugar a la indemnización prevista en aquella norma con fundamento en que la demandada no ha entregado ninguna de las certificaciones previstas por el artículo 80 de la L.C.T., aun sin el código 01 ordenado.

4. Disconformes las partes, tanto la actora como la demandada, apelan el pronunciamiento de acuerdo a los agravios que exponen a fs.678/705 y 713/726, respondidos a fs. 739/753 y fs. 756/766.

5. A fs. 795/800vta. luce el fallo de la Cámara de Apelaciones que confirma en lo principal el decisorio anterior en lo relativo a la justificación de la contratación a plazo fijo y la entrega de las certificaciones de servicios y remuneraciones acordes con Decreto 2.136/74.

En cambio, condena al pago de una indemnización por antigüedad para aquellos actores que hubiesen superaron el año de labor mediante contratos a plazo fijo.

Por otra parte, supedita la indemnización del Art. 80 de la L.C.T. al trámite administrativo previsional que ordena efectuar.

Y, por último, ordena regular los honorarios profesionales sobre el monto de la liquidación a realizarse en primera instancia, que incluye intereses.

Los motivos que determinan al primer Vocal a decidirse en ese sentido son las siguientes:

Que, el requisito previsto en el inciso b) del Art. 90 de la L.C.T. se cumple demostrando que la modalidad de las tareas o de la actividad justifique la contratación a plazo fijo y que ello se debe apreciar razonablemente.

Así, entiende que en este caso particular, resulta innecesario exigirle a la empleadora que acredite la correspondencia rigurosa entre los servicios contratados a la empresa y los contratos a plazo fijo celebrados con los actores, puesto que

ello se suple con que se acredite "razonablemente" que su actividad es discontinua, al punto de justificar contrataciones laborales de la especie.

Concluye que, en el caso, no se advierte infracción al régimen especial regulado por los arts. 90 y 93 de la L.C.T.

Luego, juzga procedente la entrega de las certificaciones de servicios y remuneraciones reconociendo los servicios con el código 01 del Decreto 2.136/74 de acuerdo con lo decidido por este Tribunal Superior en el caso "Anaya Tapia" y coincide con el razonamiento del Juez de Primera Instancia.

Pero, supedita la imposición de la indemnización prevista en el Art. 80 de la L.C.T. a la adecuación de la registración, encuadre y aportes en sede previsional puesto que no existe certeza sobre la vigencia del mencionado Decreto que se constatará al gestionar el encuadre que se pretende ante los organismos previsionales cuya intervención resulta necesaria de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 43, 44 y 46 de la Ley 25.345.

Por otro lado, analiza el planteo subsidiario realizado por la parte actora al interponer el recurso de apelación y argumenta con relación a la congruencia.

Sostiene, que la pericia contable agregada en autos demuestra que, salvo dos actores, el resto de los accionantes tenían una antigüedad superior al año –computada conforme el Art. 18 de la L.C.T.-, por lo que resultan acreedores de la indemnización prevista en el Art. 250 de la L.C.T. que configura el mínimo a que tienen derecho los trabajadores al momento del cese de los contratos a plazo fijo.

Luego, en lo que aquí interesa, ordena regular los honorarios profesionales de acuerdo con la liquidación que se realizará en Primera instancia.

El segundo Vocal discrepa solo en lo atinente a la tasa de interés aplicable y logra mayoría para resolver que será la mixta hasta el 31/12/07 inclusive, y la activa solo a partir del 1/1/08 hasta el efectivo pago, en virtud de que el voto dirimente de la disidencia parcial adhiere a tal postura.

6. Que, contra esta sentencia ambas partes interponen recursos extraordinarios locales.

La demandada conduce sus agravios a través de dos vías de impugnación: de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley.

Respecto de la primera, denuncia incongruencia en el fallo al declarar procedente la indemnización del Art. 95 de la L.C.T. en tanto no fue solicitada por la parte actora en la demanda, ya que jamás asintió la modalidad contractual a plazo fijo y es recién al expresar agravios que la plantea de manera subsidiaria. Ello -dice-, no le permitió a su parte ejercer el derecho de defensa ni ofrecer pruebas.

Asimismo, invoca errónea aplicación del Decreto 2.136/74 cuando se califica a los servicios prestados por los trabajadores como privilegiados y encuadrados en el código "01". Sostiene que las tareas desarrolladas por los accionantes no se ejecutaron en lugares inhóspitos ni de campaña, porque diariamente se trasladaban desde sus lugares de trabajo al domicilio, e incluso se abonaron las horas de viajes.

También, con respecto al mismo tema, denuncia errónea aplicación de la doctrina legal emanada del precedente "Anaya Tapia" de este Tribunal Superior, ya que en dicho caso –dice- hubo pronunciamiento administrativo respecto de la procedencia del encuadramiento y en el proceso laboral se produjo prueba específica en relación con las tareas cumplidas. Nada de lo cual ha ocurrido en la especie, según afirma.

Igualmente, expone la errónea aplicación de los Arts. 95, 250 y 18, L.C.T.

Finalmente, sostiene que en el sub-lite resulta imperativo uniformar la jurisprudencia contradictoria de las salas de la Cámara de Apelaciones respecto de la base a tomar en cuenta para regular los honorarios. Y, concretamente, la queja se dirige a cuestionar la orden de practicar liquidación de los rubros de procedencia en las que se incluyen los intereses.

Afirma que también dicha doctrina es contraria a la que sostiene este Tribunal en la causa "González c/ Municipalidad de Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa" (Pl. TSJ 1997- N°1679 del Reg. de la S.D.O.).

7. Por otra parte, los actores impugnan el pronunciamiento de Alzada por ser arbitrario y violar las normas de indeterminación del plazo de contratación.

Afirman que la sentencia cuestionada desconoce la protección constitucional contra el despido arbitrario y que ello resulta violatorio del Art. 14 bis de la Constitución Nacional, de los Pactos y Convenios Internacionales que cuenta con jerarquía constitucional.

Ello así, por cuanto se tiene por justificada la causal objetiva que exige la contratación a plazo fijo, cuando, los periodos laborados, su extensión, la repetición de contratos, el objeto social de la accionada, la especialización de cada actor, las características de la función desempeñada por los trabajadores y las disposiciones del C.C.T N°. 340/01 acreditan suficientemente que las partes se encontraron vinculadas por contratos por tiempo indeterminado. Consideran, fundamentalmente, que la limitación de contratos para realizar la actividad normal y habitual de la empresa –explotación geofísica- no justifica la excepcionalidad del medio de contratación.

Para fundar el recurso de Nulidad Extraordinario, denuncian omisión de expedirse sobre rubros que fueran expresamente pedidos, tales como horas extras, salarios caídos, indemnización por omisión de preaviso, S.A.C. e integración mes de despido, indemnización del Art. 16 de la Ley 25.561, Art. 2 de la Ley 25.323, Art. 80 de la L.C.T.

Por último, denuncian auto contradicción al ordenar, por un lado, la entrega de certificaciones con código 01 en un plazo de treinta días y por otro, libera a la demandada de responsabilidad indemnizatoria con respecto a la entrega de dichas certificaciones.

II. En virtud de los agravios expuestos por ambas impugnantes, cinco cuestiones han de resolverse en este acuerdo: 1) si el Tribunal de Alzada ha incurrido en el vicio de incongruencia cuando considera aplicable las indemnizaciones previstas para la ruptura de los contratos a plazo fijo (Arts. 95 y 250 de la L.C.T.); 2) si la actividad de la demandada, que se dedica a la exploración sísmica, razonablemente justifica la contratación a plazo determinado en los términos de los Arts. 90 y 93 de la L.C.T.; 3) Si el Decreto 2.136/74 que regula un régimen de jubilación diferente para aquellos trabajadores que hubiesen cumplido tareas de exploración en campaña, resulta aplicable a la situación fáctica de autos; 4) si los actores son acreedores de la indemnización prevista en el Art. 80, último párrafo, de la L.C.T.; y 5) si deviene procedente incluir intereses en la base regulatoria de honorarios.

Corresponde, entonces, a partir de los agravios denunciados, establecer un orden metodológico para analizar los diferentes Recursos Extraordinarios deducidos.

Así, considero que, en este caso particular, se debe comenzar con la queja de los actores referida a la contratación a plazo fijo decidida por la empleadora y justificada por la Alzada. Luego, y en razón de su resultado, continuar con el estudio de la impugnación nulificante que la parte demandada pretende respecto del pronunciamiento de Alzada en cuanto determinó –sin petición expresa de los accionantes- la indemnización por ruptura antes tempus de los contratos a plazo fijo. Después, con los cuestionamientos de la entrega de las certificaciones de servicios y remuneraciones y la indemnización del Art. 80 de la L.C.T. Y, finalmente, el referido a la conformación de la base regulatoria de honorarios.

1. En virtud del orden propuesto, la primera cuestión a decidir –de cara a los agravios expuestos por la parte actora- se centra en determinar si la contratación laboral de sus integrantes a plazo determinado se encuentra ajustada a derecho o por el contrario, si a través de ellas se ha incurrido en la infracción legal denunciada por dicha parte.

Como es sabido, una de las funciones esenciales de la casación consiste en el control del estricto cumplimiento de la ley y de la doctrina legal. Es la antigua misión que lleva a cabo dicho instituto, e implica cuidar que los Tribunales de grado apliquen las disposiciones normativas sin violarlas, ni desinterpretarlas" (cfr. HITTERS, Juan Carlos, Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación, 2ª Edición, Librería Editoria Platense, La Plata, 1998, págs. 166 y 259, cit. en y Ac. 12/12, entre otros)

Por ello, resulta oportuno acudir a la regulación específica.

El Art. 90 último párrafo dispone:

"El contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado, salvo que su término resulte de las siguientes circunstancias:

a) Que se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración.

b) Que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen.

Luego, aclara"La formalización de contratos por plazo determinado en forma sucesiva, que exceda de las exigencias previstas en el apartado b) de este artículo, convierte al contrato en uno por tiempo indeterminado".

La norma refiere al tiempo de duración del contrato de trabajo en general, consagrando la indeterminación del plazo como regla y su determinación, como excepción.

Es decir, se privilegia el contrato de trabajo que se caracteriza por la permanencia y estabilidad. En cambio, se regula en forma limitativa y excepcional el contrato de duración determinada, destinado a cumplir funciones específicas para necesidades excepcionales de la empresa (Juan Carlos FERNANDEZ MADRID, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, 3ra. Edición Act., Tomo I, Edit. La Ley, Bs. As. 2007, pág. 863).

Se trata de una regla conectada con la directiva constitucional de favorecer la contratación estable y protegerla contra la arbitrariedad patronal en relación con la duración de los vínculos laborales.

Y, bien se ha dicho que el trabajo estable –obviamente en el sentido impropio porque el empleador puede rescindirlo- se encuentra debidamente garantizado por el Art. 14 bis de la Constitución Nacional e implica seguridad para el trabajador -o trabajadora- vinculada con el carácter asistencial del salario (medio de vida), seguridad para la empresa que incorpora personal que se califica en un sistema productivo y se compenetra del quehacer empresario y seguridad para el sindicato que tiene facilitada la actuación gremial, y mayor poder de convocatoria. (aut. y op. cit.).

De ahí, que el tema en debate involucra uno de los institutos en los que con mayor énfasis se aprecia la actuación del orden público laboral, en tanto la ley acota o restringe la intención de las partes. Por ello, rige el principio que en caso de duda debe resolverse en favor del carácter indeterminado del contrato.

Ahora bien, cuando la norma regula el criterio general que permitirá excepcionalmente apartarse de la preferencia referida, se establecen tres requisitos que deben concurrir -en forma acumulativa y no alternativa- para que queden habilitadas jurídicamente las modalidades de contratación a plazo, a saber: a) la forma escrita; b) la fijación de un plazo cierto; y c) que medien razones objetivas que lo justifiquen.

Por otra parte, el Art. 92 de la L.C.T. establece que la prueba de que el contrato es por tiempo determinado estará a cargo del empleador –o empleadora-.

Esto significa que no solo es necesario acreditar el instrumento escrito con los elementos señalados, sino que además –y esto resulta trascendente- tendrá la carga de acreditar si fuere cuestionada -como ocurre en este caso- que la causa de la contratación temporal se compadece con el acontecer real.

Dicho de otra manera, como derivación del principio de la realidad se impone a quien empleó la prueba de la concordancia entre el documento y su justificación.

El fundamento lógico de utilizar esta técnica procesal radica en que, habiendo una regla imperativa, la prueba de la excepción (entiéndase: la concurrencia de las condiciones legales que autorizan su validez) corresponde a quien la alega.

A estos fines puede valerse de cualquier medio contemplado por las regulaciones adjetivas que vendrá a sumarse al instrumento escrito exigido como requisito de la validez constitutiva del negocio (VÁZQUEZ VIALARD, Antonio- OJEDA, Raúl Horacio, Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo I, pág. 637).

2.- Bajo estos lineamientos jurídicos se debe analizar el presente caso, que tiene como protagonistas a 24 (veinticuatro) trabajadores contratados a plazo fijo, con renovaciones sucesivas.

Al abordar tal cometido, pongo de resalto que llega firme a esta instancia extraordinaria que la demandada ha cumplido los dos primeros requisitos, es decir: la forma escrita, el plazo en los diferentes contratos y la mención de la causa objetiva. Ello no obstante, y como ha sido expuesto, resulta insuficiente para que la modalidad así adoptada se encuentre justificada.

Por tal razón, corresponde verificar si en presente caso se cumple con la otra exigencia legal, o sea, si la actividad de la demandada o las tareas a las que estuvieron afectados los trabajadores, justifican la contratación a tiempo determinado, tal como lo entendieron las instancias anteriores. Ello incide, también, en la justificación o no de las contrataciones sucesivas.

La empleadora argumenta que su actividad –prospección sísmica- se vincula indisolublemente con las empresas que se valen de sus servicios. Y, que la modalidad contractual seleccionada se encuentra expresamente autorizada en el Convenio Colectivo que rige la actividad en virtud de la naturaleza de las prestaciones.

La Cámara de Apelaciones entendió:

"[...] no cabe exigir que la empleadora acredite la correspondencia rigurosa entre los servicios contratados a la empresa y los contratos a plazo fijo celebrados con los actores, sino que se suple con que acredite 'razonablemente' que la actividad es discontinua, al punto de justificar contrataciones laborales de la especie." (cfr. fs. 796 –el resaltado me pertenece-).

Es decir, que la discontinuidad de la actividad de la empleadora es la razón -a criterio del Ad quem- que justificó, en el caso, la contratación temporal de los actores.

No coincido con tal afirmación.

En efecto, existe un axioma académico que "a necesidades permanentes, trabajadores permanentes"; "a necesidades transitorias, trabajadores temporarios".

Y en ese contexto, debe destacarse que el contrato de trabajo supone prestaciones sucesivas condicionadas a la naturaleza de la actividad de que se trata y a la organización de la empresa para la cual se trabaja.

Pero, también habrá que diferenciar la permanencia en la empresa con la continuidad en la ejecución de las prestaciones. Pues, a veces se opina que es condición constitutiva de la modalidad de plazo indeterminado que los servicios sean requeridos todos los días de la semana, todas las semanas del mes, todos los meses del año, etc.

En realidad, como bien lo afirma Machado, ello solo define a un subtipo de contratos por tiempo indeterminado que la doctrina ha denominado "con prestaciones continuas", pero muchas actividades hacen a su naturaleza que, sin dejar de referir a necesidades permanentes de la empresa, el servicio sólo sea requerido con intermitencias.

Entonces, el "quid" de la permanencia no refiere a la intensidad o frecuencia de los servicios, sino al hecho de que ellos vienen a satisfacer una necesidad empresaria que tiene y que transmite o comunica al vínculo mediante el que se la atiende, una inherente vocación de continuar en el tiempo.

Aclarado el campo de las prestaciones continuas y discontinuas al interior del contrato por tiempo indeterminado, el autor citado enseña que la intermitencia o discontinuidad puede revestir el carácter de regular o irregular, como subtipo de la especie. Y, esta diferenciación resulta significativa a la hora de solucionar casos como el que nos ocupa. (aut. y op. cit, pág. 618).

En el sub lite, la demandada es una empresa internacional cuya actividad normal, al menos en este país, es la exploración geofísica que la realiza mediante el método de prospección sísmica.

Y, mientras no modifique esta actividad principal, necesitará de trabajadores que la lleven a cabo según las diferentes especialidades. Estos servicios cumplidos por los actores -a mi entender- son permanentes, porque no solo tienden a satisfacer necesidades normales y propias de la empresa, sino que –como dato relevante- se han prolongado en el tiempo.

Es así -y viene firme a esta instancia extraordinaria- que la demandada se relacionó –durante la vigencia del vínculo laboral con los actores- comercialmente con otras empresas que solicitan de sus servicios. Y, para satisfacer tales requerimientos contaba con un grupo de trabajadores -hoy actores- especializados en la materia, a quienes se les hacía suscribir contratos de trabajo -del tipo de adhesión- por el plazo que duraba cada proyecto, generalmente de corto plazo -menos de un mes- y que se renovaban en forma sucesiva.

Dicho de otra manera, la actividad de la empleadora – exploración geofísica- se mantuvo durante varios años en forma permanente, si bien con algunos periodos de discontinuidad. Ello, más allá que los contratos de exploración sísmica tienen un inicio y una finalización claramente determinada como afirma la demandada para justificar la contratación.

Entonces, entiendo que –contrariamente a lo decidido en el pronunciamiento impugnado- la contratación de los actores no respondió a necesidades transitorias justificativas de la modalidad contractual elegida, sino que aquéllas

tuvieron el carácter de permanente. Tales relaciones, aunque son discontinuas, tienen vocación de continuar en el tiempo bajo las mismas condiciones que las dadas en cada oportunidad.

Es decir, los actores así contratados tuvieron la expectativa de ser ocupados cada vez al repetirse el tipo de actividad que motivó su contratación inicial por considerarla ordinaria y normal dentro de la empresa.

Es que, la redacción de la norma -Art. 90 inc. b) de la L.C.T.- ha sido criticada por un sector de la doctrina –que comparto- cuando refiere a "las tareas" o a "la actividad" como justificativas de la contratación temporal, porque lo que verdaderamente importa es la índole de la necesidad implicada como objeto específico de la contratación. (El énfasis utilizado da cuenta de la relevancia que reviste tal extremo).

Esta necesidad, que motiva al vínculo laboral, puede estar relacionada con tareas extraordinarias y ajenas a la actividad habitual de la empresa, o bien con tareas ordinarias de la misma pero que en razón de alguna contingencia provisional sea necesario atender mediante contratos temporarios, como ocurre con ciertos reemplazos o refuerzos. (ob. cit,Tomo II, pág. 11).

De manera que, según la interpretación jurisprudencial mayoritaria, si las contrataciones tienen como objeto atender necesidades permanentes, la justificación requerida está ausente, tal como ocurre en el caso de autos.

Entonces, en la especie, mal puede considerarse un argumento válido que se acuda a la modalidad excepcional porque la actividad de la demandada está en directa relación con empresas que requieren de sus servicios. Pues, de ser así, las contratistas de la industria petrolera no contarían con personal permanente. Ello no resiste el menor análisis por resultar notoriamente irrazonable.

Por otra parte, opino –contrariamente a lo decidido por la Alzada- que sí importa en este caso exigirle a la empleadora que acredite la correspondencia entre los servicios contratados a la empresa y los contratos a plazo fijo celebrados, puesto que –justamente los diferentes proyectos de prospección sísmica- fue la causa que en su momento invocó para justificar la modalidad excepcional. Por ende, la realidad se impone sobre las formas.

Lo propio ocurre cuando se intenta justificar la contratación desde el acuerdo convencional. Al respecto, es cierto que los acuerdos convencionales vigentes a la fecha de contratación de los actores –tales como el 298/98 y 340/01– autorizan la contratación temporaria –a plazo fijo o eventual- cuando la exploración geofísica del petróleo de un área pueda razonablemente llevarse a cabo totalmente en un período máximo de seis (6) meses. Y, en tal supuesto, de volver a operar en el área la empresa empleadora, y siempre que las circunstancias así lo permitan deberá tratar de dar prioridad de contratación a los trabajadores que para ella se hubieran desempeñado. No es menos cierto, que en este caso, las contrataciones fueron para diferentes áreas y por plazos que excedían los seis meses, como se ha dicho anteriormente.

De la lectura de los diversos contratos acompañados por ambas partes, surge una cláusula relevante –la Nro. 12- por la cual la empleadora se reserva el derecho a trasladar a los actores a diferentes zonas. Entonces, si la contratación a plazo fijo se fundaba en los distintos proyectos contratados, ¿cuál es la razón para reservarse dicha facultad de traslado?.

Se advierte, luego, que la vinculación existente entre las partes nada tiene de transitorio.

3.- En función de todo lo expuesto, entiendo que corresponde declarar procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por la actora, en virtud de las causales previstas en los incisos a) y b) del Art. 15° de la Ley 1.406, por haberse configurado la infracción legal denunciada por dicha parte en orden a los Arts. 90, inc. b), 92 y 93 de la L.C.T. en razón de tener por configurado el fraude laboral pretenso (art. 14 de la L.C.T.).

4.- En consecuencia, habrá de casarse el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones local, obrante a fs. 795/800 vta. en cuanto aplica e interpreta erróneamente los artículos 90, 92 y 93 de la Ley de Contrato de Trabajo y de consiguiente, establecer que el vínculo existente entre las partes debe caracterizarse como de tiempo indeterminado (Art. 10 Ley citada).

De acuerdo a los lineamientos trazados en los considerandos de la presente, y en virtud de la infracción legal constatada, opino que se debe fijar la siguiente pauta interpretativa en relación con el Art. 90 inc. b), de la Ley de Contrato de Trabajo, en armonía con la protección constitucional que emerge del Art. 14 de la Constitución Nacional,

en el sentido que: debe atenderse al tipo de necesidad implicada como objeto de contratación, es decir, si ésta responde a una necesidad permanente o transitoria.

A la luz de los argumentos por los cuales se casa el decisorio, deviene innecesario el tratamiento de los agravios que, formulados por los actores, se encuentran directamente relacionados con la modalidad contractual que se deja sin efecto.

En cambio, resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario deducido por la misma parte en relación a las diferencias salariales por horas extras que fueran omitidas tratar en la sentencia de Alzada (Art. 18 de la 1406).

5.- En razón de propiciar el éxito de la impugnación de los actores que cuestionaron la modalidad contractual a plazo fijo, estimo que pierde virtualidad el tratamiento del recurso de Nulidad extraordinario deducido por la parte demandada, en cuanto impugna la indemnización fijada por el Tribunal de Alzada para aquella contratación que considero fraudulenta.

6.- Sentado lo que antecede, corresponde me aboque a las quejas referidas a las certificaciones que obliga el Art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo a entregar a los trabajadores –o trabajadoras- al momento de la extinción de los contratos laborales y la indemnización que allí se fija en caso de incumplimiento.

Y, a esos efectos conviene recordar que la norma dispone, en primer término, la obligación contractual de la empleadora de ingresar los aportes retenidos al personal y contribuciones a su cargo con destino a la Seguridad Social y entidad sindical correspondiente.

La naturaleza contractual de esta obligación es trascendente, puesto que implica que su cumplimiento es debido a la persona del trabajador con motivo del contrato de trabajo.

A su vez, el artículo impone la entrega de dos clases de documentos. Por una parte, la constancia de los depósitos de aportes y contribuciones correspondientes a la Seguridad Social y sindicato, y por otro lado, el certificado de trabajo con los datos que el mismo artículo señala, tales como tiempo de prestación de servicios, naturaleza de ellos, constancia de sueldos percibidos y de aportes y contribuciones efectuados con destino a la Seguridad Social.

Luego, en el último párrafo, dispone que la omisión de cumplimiento de cualquiera de ellas (entregas) puede dar lugar al pago de la indemnización especial.

Y, esta inobservancia que da lugar al pago de la indemnización tarifada sólo se produce cuando el empleador no entrega la constancia o el certificado dentro de los dos días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formule el trabajador –o trabajadora- de modo fehaciente.

Además, por expresa imposición del Art. 12, inc. g), de la Ley 24.241 el empleador debe entregar el certificado de servicios y remuneraciones con los datos que dicha norma especifica.

7.- Aclarado ello, sobre este particular, ambas partes interponen recursos extraordinarios.

La actora, por vía de Nulidad Extraordinario, afirma que se viola el principio de congruencia cuando el tribunal de Alzada supedita la condena de la indemnización prevista en el Art. 80 de la L.C.T. al resultado del trámite administrativo que ordena realizar respecto de una de las constancias reclamadas –es decir, la certificación de servicios y remuneraciones con el código 01 conforme Decreto 2.136/74-, sin advertir que además, ha reclamado la entrega de los otros certificados contemplados en la norma.

Es decir, la queja se dirige a la negativa de la indemnización allí contemplada.

En cambio, la demandada por el carril de Inaplicabilidad de Ley -con fundamento en los motivos casatorios contemplados en el Art. 15, incs. a), b) y d) de la Ley 1.406-, por un lado, denuncia infracción al Decreto 2.136/74 cuando se califican los servicios prestados por los actores como privilegiados y comprendidos en la norma; y por otro, invoca la violación a la doctrina de este Tribunal Superior de Justicia sentada en el caso "Anaya Tapia".

O sea, que dicha parte impugnante intenta modificar el decisorio de Alzada que ordena confeccionar las certificaciones bajo el amparo del Decreto 2.136/74.

Expuestos sintéticamente los agravios de cada parte, considero que se debe comenzar con el estudio de la incongruencia denunciada.

El Art. 18 de la Ley 1.406 establece: "El recurso de nulidad extraordinario procederá […] cuando se hubiera omitido decidir cuestiones esenciales sometidas por las partes de modo expreso y oportuno al órgano jurisdiccional, cuando la sentencia fuere incongruente […]"

Y, sabido es que el principio de congruencia está dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional en tanto exige una correlatividad entre lo pretendido y lo decidido en la sentencia.

Cuando ello no se observa se atenta contra el derecho de defensa en juicio consagrado en el Art. 18 de la Constitución Nacional y por lo tanto, la sentencia es nula.

Para determinar si el vicio denunciado se verifica en la especie, ha de constatarse lo pedido por las partes y lo decidido por el órgano jurisdiccional.

Analizadas las actuaciones, surge que el Juez de Primera Instancia hizo lugar a la indemnización prevista en el Art. 80 de la L.C.T., con fundamento en que la empleadora no hizo entrega de la documentación ni siquiera con la constancia de servicios comunes.

Esta decisión fue recurrida por la accionada agraviándose del exceso cometido por la judicatura porque el debate se centró en la falta de entrega de las certificaciones de servicios y remuneraciones con la mención de servicios privilegiados conforme el Decreto 2.136/74. Pero –dice-, nada han dicho sobre las otras certificaciones.

Ahora bien, cuando la Alzada analiza los agravios relativos a la indemnización del Art. 80 de la L.C.T., centra su estudio en determinar si se debieron certificar o no los servicios prestados por los trabajadores como privilegiados, cuando en realidad ello tiene relevancia respecto de uno de los documentos al que están obligados los empleadores, no así respecto de los otros que debieron ser materia de consideración, y no lo fueron.

Es decir, se omitió analizar si conformaron o no el reclamo, puesto que ello fue cuestionado por la parte demandada a través del recurso de apelación.

Por lo tanto, se configura el vicio de nulidad alegado por la actora cuando el pronunciamiento supedita la indemnización del Art. 80 al trámite administrativo para integrar los aportes por servicios privilegiados, sin advertir que el fallo de Primera Instancia condenó a la demandada por no haber entregado ninguna de las certificaciones contempladas en la norma, aun sin el código 01.

En atención a ello, la nulidad que se propicia solo será parcial, en lo que respecta a la indemnización prevista en el último párrafo del Art. 80 de la L.C.T. por lo que deberá recomponerse el litigio en este aspecto.

8.- Corresponde ahora expedirme sobre la infracción legal denunciada por la parte demandada con respecto al Decreto 2.136/74 que establece un régimen diferencial de jubilación para los trabajadores que se desempeñan en actividades inherentes al petróleo y gas.

Ello, en directa relación con la obligación de expedir las certificaciones de servicios y remuneraciones bajo el amparo de tal norma.

La parte impugnante expone tres argumentos relevantes: primero, que la sentencia de Alzada y la de Primera Instancia "han sido incapaces de precisar si la norma en base a la que deciden la obligación de hacer, se encuentra –o no- vigente"; segundo, que la situación fáctica de autos no permite encuadrarla en el decreto 2136/74 porque las tareas realizadas por los actores no se han ejecutado "en campaña" ni en "zonas inhóspitas". Por lo que –afirma- se ha hecho una aplicación dogmática e infundada de la norma a situaciones que no corresponde; y finalmente, que no existe una decisión del organismo previsional que califique los servicios prestados bajo el régimen de jubilación diferencial.

El Decreto 2.136/74 dispone en el artículo 1° que tendrá derecho a la jubilación ordinaria con 50 años de edad y 25 años de servicios, el personal que se desempeñe habitual y directamente: a) en la exploración petrolífera o gasífera llevada a cabo en campaña.

A continuación, en su Art. 3°, prevé que la contribución patronal correspondientes a las tareas a que se refiere el Art. 1° será la vigente en el régimen común, incrementadas en dos (2) puntos

Y, luego –en lo que a este caso interesa-, el Art. 4° determina que:

"[…] en las certificaciones de servicios que incluyan total o parcialmente tareas de las contempladas en este decreto, el empleador deberá hacer constar expresamente dicha circunstancia" (el destacado me pertenece).

Ante todo, corresponde decir que la norma se encontró vigente al momento de la extinción de los contratos laborales.
En efecto, dicho decreto fue prorrogado por las Leyes 24.017 -180 días a partir del 1° de enero de 1992- y 24.175. Luego, la Ley 24.241 en su artículo 157 dejó en claro que continúan vigentes las disposiciones de la última normativa y faculta al Poder Ejecutivo Nacional para que proponga un listado de actividades que, por implicar riesgos para el trabajador o agotamiento prematuro de su capacidad laboral, o por configurar situaciones especiales, merezcan ser objeto de tratamientos legislativos particulares, lo que no aconteció.
Del repaso normativo reseñado se puede afirmar la vigencia del Decreto en cuestión a la época en que finalizaron los contratos laborales. Y, con ello se da respuesta a la impugnación relativa a la validez de la norma.
Seguidamente, incumbe estudiar los agravios concernientes a la subsunción de las tareas efectuadas por los actores en el Decreto 2.136/74.
Ante todo, corresponde aclarar que la queja referente a la valoración de la prueba y al dogmatismo de la sentencia se debió encauzar por otra de las vías previstas en la Ley Casatoria, tal, el absurdo probatorio –inciso c del Art. 15 Ley 1.406- y la de Nulidad Extraordinario- Art. 18, ley citada)
Por tal razón, únicamente se analizarán los agravios de subsunción normativa.
Y, en esa tarea, se deben de tener en cuenta los hechos que vienen firmes a esta instancia extraordinaria, tales como: que los actores cumplieron las tareas especificadas en el escrito de demanda y corroborado en los contratos laborales que responden a las categorías de geofonistas, capataz de línea, operario de topografía, ayudante tareas generales, chofer liviano, chequeador, ayudante de gamela, chofer camión pesado, chofer camión tractor vibros, chofer tira cables y previstas en el Convenio Colectivo aplicable a la actividad petrolera de exploración geofísica.
Tampoco se encuentra discutido en esta etapa que la demandada se dedica a la exploración sísmica de petróleo y gas.
Y, es la propia accionada que -a fs. 94- afirma que la contratación de los actores tuvo por objeto conformar un grupo de trabajo para cumplir las labores de sísmica que la empresa tenía comprometida con las firmas responsables de áreas petroleras.
A todo esto, la demandada considera que esas tareas no solo deben comprender las propias de exploración –como es la geofísica-, sino también que ellas deben realizarse en campaña, esto es –a su entender- en zonas inhóspitas, alejadas de los centros urbanos, y que tal recaudo no se da en el caso de los actores ya que se trasladaban desde sus lugares de trabajo al domicilio, e incluso se abonaban las horas de viaje.
No coincido con tal argumento porque, como bien afirman los actores al responder el recurso extraordinario, si existe una actividad que se efectúa en el campo, es la exploración sísmica.
En la industria petrolera, cuando se habla del término exploración se refiere a la búsqueda de nuevos yacimientos de hidrocarburos y a través de los años se han desarrollado técnicas y nuevas tecnologías para localizar nuevos reservorios y una de esas técnicas empleadas es la exploración geofísica (gravimetría, sismografía, magnetometría, perfiles eléctricos, perfilajes térmicos etc).
La existencia de estos regímenes diferenciales, como es el caso del Decreto 2.136/74, han sido instituidos para proteger a las personas que realizan algún tipo de trabajo determinante de vejez o agotamiento prematuro, entre las que se encuentra la exploración petrolífera que sin dudas es llevada a cabo en campaña, o sea, tareas que son cumplidas en el campo.
De todos modos, este argumento que introduce la parte impugnante en esta instancia extraordinaria no se condice con lo que ella misma manifestó en oportunidad de contestar demanda, cuando citó el caso de otro de sus compañeros de campaña como es el Sr. Cruz. (cfr. fs. 98 vta.).
Es decir, la propia demandada reconoció que el trabajo se realizó en campaña y no podría volver sobre sus propios actos.
De lo expuesto se deduce que mal puede admitirse el alcance que la recurrente pretende otorgar a la norma, ya que el hecho de no pernoctar en el campo (lo que justificaría el pago de horas de viaje como lo entiende dicha parte) no necesariamente excluye el trabajo protegido por la norma.

En cuanto a los agravios relacionados a que debe expedirse el organismo administrativo con dictamen sobre si las tareas resultan comprendidas en la norma, cabe aclarar que la pretensión de los actores –en esta causa- se relaciona con una de las obligaciones que tiene todo empleador a la finalización del vínculo laboral, esto es, que debe expedir las certificaciones que obliga el Art. 80 de la L.C.T. con todos los datos que allí se enuncian.

Y, de la redacción del artículo 4° del Decreto 2.136/74, que es imperativa, surge:

[…] en las certificaciones de servicios que incluyan total o parcialmente tareas de las contempladas en este decreto, el empleador deberá hacer constar expresamente dicha circunstancia". (el resaltado me pertencece)

En función de lo expuesto, se concluye, en la improcedencia del vicio de infracción legal denunciado por la parte demandada en relación con el Decreto 2.136/74.

9.- Por último, corresponde expedirme sobre la violación de la doctrina sentada por este Tribunal en la causa "Anaya Tapia".

Considera, la impugnante, que dicho vicio se configura al declararlo aplicable al presente caso sin mediar similitud fáctica, puesto que en aquel antecedente mediaba declaración de voluntad administrativa (resolución y dictamen) sobre el encuadramiento y hubo en el proceso laboral prueba específica respecto del ejercicio de las labores que llevaban a encuadrarlas en las previsiones del decreto citado.

Conviene recordar que en el antecedente "Anaya Tapia" -Acuerdo 12 del 29.3.2000- este Tribunal Superior de Justicia –con otra integración- casó la sentencia de Alzada que –por mayoría- entendía que la exigencia del Art. 80 de la L.C.T. se satisface con la entrega de los certificados conforme sus propios registros. Y, si el trabajador discrepa respecto de la categorización otorgada durante el lapso de la relación laboral, el planteo debe radicarse en sede previsional.

Es así, que se condenó a la demandada a rectificar las certificaciones de servicios y remuneraciones con constancia del código 01 (servicios diferenciales) en tanto las tareas de los actores se subsumieron en el Decreto 2.136/74.

Considero que el antecedente "Anaya Tapia" ha sido aplicado en forma correcta, en tanto se ordena confeccionar las certificaciones con especificación de las tareas que realizaron los actores comprendidas en el decreto referenciado.

En lo atinente a la voluntad administrativa previa, cabe remitirse a lo ya analizado en los considerandos anteriores.

Al respecto, cabe aclarar que el decreto de marras contempla dos obligaciones diferentes: una contractual y otra previsional. La confección de las certificaciones refiere a la primera de ellas. En cambio, quien analizará si corresponde o no una jubilación bajo el amparo del decreto 2.136/74 será el organismo previsional, en su oportunidad, cuando los trabajadores tengan la posibilidad de instarlo, lo que no ha ocurrido en autos.

En punto al argumento que en aquella causa se produjo prueba atinente a la realización de tareas comprendidas en la norma, es cierto porque justamente se debatió si las tareas de transporte (realizadas por el actor Anaya) fueron cumplidas en el campo. Aquí, eso no fue cuestionado. Por tanto, resulta irrelevante y no empece a la conclusión que sigue.

En razón de lo expuesto, no se constata infracción a la doctrina sentada por este Tribunal Superior en la causa "Anaya Tapia".

10.- Incumbe –ahora- analizar los agravios de la parte demandada respecto de la regulación de honorarios.

Así, se disconforma con la decisión de Alzada que difiere la regulación de honorarios al momento de realizarse la liquidación en Primera Instancia.

Dice, que esta decisión –incluir intereses en la base regulatoria de honorarios- resulta contradictoria en fallos de las diferentes salas de la Cámara de Apelaciones, y no se compadece con la doctrina legal de este Tribunal Superior de Justicia en la causa "Gonzalez Omar Hugo y otro c/ Municipalidad de Neuquen s/ acción procesal administrativa" (P.I. TSJ 1997, Nro. 1679).

No escapa al conocimiento del suscripto que sobre el tema que nos convoca tanto la doctrina como la jurisprudencia han seguido distintas posturas, muchas de ellas encontradas. Tanto es así, que oportunamente este Cuerpo se expidió sobre la cuestión, en autos: "SEGOVIA, RAÚL WENCESLADO C/ FLUODINÁMICA S.A. s/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (Expte. N° 8- año 2012), Acuerdo N° 55/13 del Registro de la Actuaria.

En aquella ocasión, sostuvo:

"Fundamentalmente, cabe señalar que la Ley 1.594 no dispone que los intereses deban ser incorporados en la base regulatoria…"

Y acotó que ese marco normativo determinaba el sentido de la decisión contraria a la incorporación de los intereses al capital a los fines regulatorios.

Pues bien, es menester señalar que durante el trámite recursivo se ha producido un hecho relevante, cual es la sanción por parte de la Honorable Legislatura de nuestra provincia de la Ley N° 2.933 en fecha 20/11/14 (promulgada el 10/12/14 y publicada en el Boletín Oficial el 12/12/14), que introduce modificaciones sustanciales sobre el particular a la Ley Arancelaria N°1.594.

Sabido es, que las sentencias de este Tribunal deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevivientes al recurso, conforme criterio sostenido reiteradamente por la Corte Nacional (FALLOS: 316:479 –Bahamondez-). Ello, sumado a la regla del iura novit curia –de amplia vigencia en esta etapa-, me lleva a considerar que corresponde el análisis del presente caso a la luz de la normativa específica, de reciente sanción y vigente al tiempo de resolver el recurso.

En lo que aquí interesa, el nuevo dispositivo legal incorpora modificaciones esenciales –como se anticipó- en lo relativo a la base para la regulación de honorarios profesionales.

"[Art.1°: Modifícanse los artículos 4°, 20 y 49 de la Ley 1594, de Honorarios Profesionales de Abogados y Procuradores, los que quedarán redactados de la siguiente manera:…

Artículo 20: MONTO DEL PROCESO. En los juicios en que se reclame valor económico, la cuantía del asunto —a los fines de la regulación de honorarios— es el monto de la demanda, de la reconversión o el que resulte de la sentencia si este es mayor.

En el caso de sumas de dinero, la base regulatoria para determinar los honorarios de los profesionales intervinientes está integrada, también, por los intereses devengados o los que se hubieran devengado en caso de rechazo total o parcial de la demanda, a la fecha de cada regulación.

Además, la nueva norma establece en su artículo 2° que sus disposiciones tendrán efecto y se aplicarán de inmediato a toda situación jurídica que no se encuentre firme y consentida.

En suma, con la sanción de Ley N° 2.933 queda saldada la discusión que motivó el recurso planteado en autos, al consignar en forma explícita que los intereses integran la base a considerar para la regulación de honorarios.

También, al establecer que el dispositivo es aplicable a situaciones jurídicas que no se encuentren firmes – tal, el caso presente-.

En virtud de las consideraciones vertidas y el cambio normativo operado, corresponde declarar abstracto el recurso deducido por la demandada.

III. Por todas las consideraciones vertidas, propongo al Acuerdo -a modo de síntesis- que se declaren procedentes los recursos deducidos por los actores, en lo que respecta a la modalidad de contratación, la indemnización prevista en el Art. 80 de la L.C.T y las diferencias salariales preteridas.

Y, se declaren improcedentes los recursos deducidos por la parte demandada relativos a la indemnización para trabajadores contratados a plazo fijo y a la entrega de las certificaciones con código 01.

Finalmente, propicio se declare abstracto el deducido por la demandada atinente a la base regulatoria de honorarios.

IV. Que a la segunda cuestión planteada, en función de lo analizado y, conforme lo dispone el Art. 17º, inc. c), de la Ley 1.406, habrá de recomponerse el litigio en los extremos casados.

A tal fin, y sobre la base de los argumentos expuestos en los considerandos que anteceden, corresponde hacer lugar a la apelación deducida por la parte actora y determinar que la relación laboral que vinculó a los actores con la demandada debe considerarse de tiempo indeterminado (Art. 14 de la Constitución Nacional y 90 de la L.C.T.), si bien con prestaciones discontinuas. En consecuencia, revocar lo resuelto en el decisorio de Primera Instancia a fs. 664/672 vta. en cuanto consideró justificada la contratación a plazo fijo y acoger la demanda por despido injustificado.

Incumbe analizar los rubros pretendidos en el escrito demanda.

1. Resultan procedentes las indemnizaciones que establecen los Arts. 245, 231 y 232 de la L.C.T. en tanto la desvinculación, en el caso, deviene contractualmente ilícita al frustrarse la vocación de continuidad que –como se dijo- fue inherente respecto de los actores.

2. Diferencias por horas extras: En el recurso de apelación obrante a fs. 678/705 –punto X- los actores se agravian del rechazo de esta pretensión.

Afirman que en el escrito de demanda se ofrecieron e identificaron los medios de prueba a fin de demostrar el trabajo extraordinario, pero fue la negligencia de la parte demandada, que no exhibió la documentación a la que está obligada, lo que imposibilitó la demostración concreta de las horas extras. Además –dicen-, se encuentra acreditado por las testimoniales producidas en autos.

También se agravia de la falta de pago en el periodo que estuvieron a disposición de la demandada no obstante del trabajo existente en la empresa sin convocarlos. Lo fundan en el Art. 103 de la L.C.T. en cuanto se genera el derecho a la remuneración no solo con la prestación del trabajo sino la puesta a disposición.

Se tratarán –únicamente- estos dos agravios expresados en el recurso de apelación de fs. 678/705, en tanto lo decidido por el Juez de grado respecto de los restantes rubros –comprensivos de diferencias salariales- han adquirido firmeza por falta de cuestionamiento.

Sobre el reclamo de diferencias en el pago de las horas extraordinarias, el decisorio de Primera Instancia destaca y reitera que fue realizado en forma genérica, poco claro y que la cantidad de actores exigía un esfuerzo específico en la realización de los cálculos pertinentes.

Concluye que la prueba pericial y los recibos de sueldo acreditan el pago de horas extras, feriados, francos gozados, francos compensatorios y que los sueldos fueron liquidados bajo el régimen de 2 días de trabajo por 1 de descanso. Por lo tanto, juzga la improcedencia de las diferencias salariales en este aspecto por improbado.

Sobre la prueba de las horas extras se debaten –en estos tiempos- varias cuestiones. En primer término, si alcanzan las simples presunciones para tener por demostrada su realización y cantidad; o, en cambio, si es necesario que el trabajador pruebe de manera contundente, precisa y directa esos hechos. Por otro lado, acerca de las cargas que pesan sobre el empleador respecto al trabajo complementario, aspecto relacionado directamente con el anterior. (DE MANUELE, Abel Nicolás-FREM, Gabriel, Jornada de Trabajo y descansos, análisis doctrinario y jurisprudencial, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 2013, pag. 354-55).

Los diferentes pronunciamientos judiciales marcan una evolución sobre el tema a partir de exigírsele en otros tiempos que la persona trabajadora demuestre en forma precisa y estricta las horas extras. En cambio, actualmente basta con probar -por cualquier medio- que se prestó tareas por encima del horario legal, para que se desplace el onus probandi -carga de la prueba- y sea el empleador el que deba exhibir el registro ordenado por el Art. 6° de la Ley 11.544. (aut. y ob. Cit.)

Incluso la Suprema Corte de la Buenos Aires ha variado la doctrina anterior:

"Acreditado que el actor prestó servicios en exceso de la jornada legal y en atención al contenido de las normas que imponen al empleador la obligación de llevar registro de esa prolongación (arts. 6°, ley 11.544; 21, dec. 16.115/33); más allá de que tales asientos no se realicen en el libro especial del artículo 52 de la LCT toda vez que no hay previsión legal expresa en ese sentido, no hay obstáculo para aplicar los preceptos de los artículos 55 de la L.C.T. y 39 de la ley 11.653, en cuando disponen una presunción relativa de veracidad de la afirmación del trabajador –en este caso referida a su tiempo de trabajo cuando el empleador no cumple su carga de registración" (SCJBA, 22-2-2012, L 99.688 S, "López, Juan Ismael Osvaldo c/ Ardapez SA s/ despido".

En el presente caso, los actores reclamaron el pago de las diferencias de horas extras entre las abonadas y las efectivamente realizadas. Así, surge del escrito de demanda en cuanto se afirma que:

"[…] Por contrato –ver cláusula séptima- la demandada convenía con cada actor una jornada de ocho -8- horas diarias. Asimismo acordaba que "la empresa proveerá al empleado una planilla para registrar sus días y horas de trabajo, la cual el empleado deberá firmar diariamente y presentar a su superior que será el encargado de cotejar y enviar dicha planilla a la administración del grupo donde se encontrara trabajando, firmada, al cabo de la jornada de

trabajo" (Cláusula quinta). A pesar del extenso trabajo de horas extras cada día de labor – la tarea efectiva comenzaba a las 07 hs de la mañana- y se extendía hasta las 20,00 horas a 21 horas, nunca la demandada le pagó a mis mandantes el total de horas devengadas; abonando sólo unas pocas horas suplementarias sin correlato alguno con las realmente devengadas".

Es decir, se reclaman entre 5 o 6 horas diarias de labor extraordinaria para cada uno de los trabajadores.

Luego, ofrecen como prueba bajo el título "Documental en poder de la demandada" la documentación consistente 2) registros, planillas y elementos de contralor, Art. 54 Ley 921; 3) libro de horas extras. Ley 11.544, 4) planillas diarias de sobretiempo y Planilla de horas laboradas por jornada, Art. 54 L.C.T. y claúsula quinta Anexo A de cada contrato entre otros. Solicitan que se intime a la demandada a presentarlas.

A continuación, se liquida las diferencias entre las horas extras percibidas y las devengadas.

La demandada –en su contestación- dice que la demanda no aporta ni insinúa en qué circunstancias se habrían generado las horas suplementarias que se reclaman.

Luego, en el auto de apertura a prueba (fs. 105) a la intimación solicitada por los actores se resolvió estar a la pericia contable ordenada en autos. A fs. 109 punto A) los actores insisten en la intimación.

De la pericia contable obrante en autos -copia de fs. 431 y original agregado por cuerda- surge que al finalizar cada contrato a plazo fijo se abonaban a los actores una liquidación mensual con horas extras al 50%, al 70%, 100%, feriados, francos gozados, francos compensatorios no gozados, horas extras con más el aguilando proporcional, vacaciones no gozadas y SAC sobre vacaciones no gozadas. Luego, la perito informa que los sueldos están liquidados bajo el régimen de 2 días de trabajo por 1 de descanso y que lo percibido surge del Anexo II.

Ahora bien, a renglón seguido, la experta informa que si bien se le suministro planillas diarias y por área donde firmaban horario de ingreso y egreso los empleados asistentes, lo que aquí interesa es que en el periodo no se le dieron las planillas con la totalidad de los días trabajados según la liquidación de sueldo efectuada por la demandada. Por lo tanto, ella no puede determinar la cantidad de horas efectivamente trabajadas por periodo de liquidación ni hacer mayor análisis al respecto.

Es decir, que la perito no pudo corroborar si la liquidación de las horas pagadas se correspondían con los registros que debió suministrar la demandada.

Los testigos que declararon en la causa (fs. 580 y 581) compañeros de algunos de los actores dan cuenta de la habitualidad del trabajo extraordinario al decir que se ingresaba a las 7 de la mañana y no había horario de salida. Que al medio día se les daba un sandwich o comida fría, gaseosa y fruta y continuaban trabajando. Que el jefe del grupo se acercaba con un cuaderno y anotaba tomando nombre, ingreso y egreso. Es más, nunca se abonaban las horas que trabajaban, "siempre se trabajaba de 14 a 16 horas" y cuando iban a cobrar se percibía como si fueran 10 horas. Que no se efectuaron reclamos con relación a dichas horas porque era una época difícil, había poco trabajo y no era mal sueldo dentro del contexto.

Entonces, se encuentra probado, con la declaración de los testigos y los recibos de sueldo presentados e informados por la perito contadora, que los actores realizaron trabajos extraordinarios con habitualidad.

La Ley 11.544 impone al empleador el deber de inscribir en un registro todas las horas suplementarias realizadas (art. 6° inc. c)) lo cual resulta coincidente con el artículo 8 del Convenio 1 en cuanto señala que para facilitar la aplicación la norma cada patrón deberá: c) inscribir en un registro todas las horas suplementarias de trabajo hechas efectivas a mérito de lo dispuesto por los arts. 3, 4 y 5 de esta ley.

Por otra parte, en la cláusula 7ma de cada contrato de trabajo suscripto por las partes acordaron que el ingreso y egreso de los trabajadores se inscribiría en un cuaderno que deberá llevar la demandada.

De ello se deduce que es la demandada quien debió suministrar la información pertinente a la perito contadora a efectos de corroborar si el pago de las horas extras se correspondía con las realmente trabajadas (pretensión de los actores).

Entonces, corresponde tener presente la liquidación practicada por la accionante en su escrito de demanda respecto de las diferencias entre las horas extras liquidadas y las devengadas que se encuentran identificadas como punto 1) a).

Respondiendo la queja que cuestiona la falta de pago de remuneración por el periodo que los actores estuvieron a disposición de la demandada, debo decir que no le asiste razón puesto que en el presente caso se considera la contratación de los actores regida por el Art. 90, L.C.T., con carácter permanente pero el requerimiento de labores se ha realizado de manera discontinua.

En consecuencia, al salario denunciado para cada trabajador en el escrito de demanda se le adicionará únicamente la liquidación de diferencias salariales de horas extras.

ste salario es la base de cálculo que se tomará en cuenta para la liquidación de la indemnización del Art. 245 de la L.C.T. que será multiplicado por los años de servicios efectivos informados por la perito contadora en la pericia de fs. 434/446 Anexo I.

Con respecto a las indemnizaciones del art. 231 y 232 de la L.C.T., se debe analizar cada caso en particular, si se cumplió con la carga de preavisar la finalización del contrato.

De la documentación presentada por ambas partes, surge que no se preavisó la extinción del contrato de trabajo y los que fueron otorgados se realizaron de manera defectuosa, es decir, con posterioridad a la finalización de los diferentes contratos a plazo fijo ratificando el vencimiento de ellos.

Por lo tanto, procederá la indemnización correspondiente y la integración mes de preaviso.

3.- También se admitirá la indemnización prevista en el Art. 4 de la Ley 25.972 y su decreto reglamentario 1.433 que fija en el 50% el adicional previsto por la Ley de Emergencia; ello así, por cuanto son las normas vigentes a la fecha del despido.

4.- Igualmente, se hará lugar a la indemnización prevista en el Art. 2 de la Ley 25.323 en cuanto agrava en un 50% las indemnizaciones por despido cuando no se las abonare al tiempo del distracto, obligando a la persona afectada a iniciar las acciones judiciales como ha ocurrido en este caso.

5.- Incumbe, ahora, recomponer el litigio en lo atinente a la indemnización del Art. 80 de la L.C.T.

Para su procedencia la norma requiere la concurrencia de dos recaudos: por un lado, la omisión de la entrega de las certificaciones y por otro, la intimación respectiva de parte de los trabajadores.

La demandada se agravia porque -a su entender- el Juez de grado incurrió en incongruencia por extralimitación al decidir la procedencia de la indemnización sobre la base de la omisión total de entregar los certificados del Art. 80 de la L.C.T. aun sin el código 01 cuando los otros certificados no fueron reclamados.

De la lectura del escrito de demanda surge que los actores pretenden se les entreguen los certificados de trabajo, y de servicios, cese y remuneración conforme lo establecen los Arts. 80 de la L.C.T. y 12 inc. g) de la Ley 24.241, por todo el periodo trabajado desde el primer ingreso y hasta el cese definitivo, además se certifiquen como privilegiados los servicios de los reclamantes, cód. 01, conforme Decreto 2.134/74.

Y, cuando solicitan la indemnización del Art. 80 la fundan en la falta de entrega de las certificaciones de trabajo, de servicios y remuneraciones y en que los que eventualmente se entregaron no reflejan todo el periodo trabajado, el sueldo realmente abonado, la antigüedad total devengada ni contienen el código 01 correspondiente a tareas petroleras en campaña (Decreto 2.136/74).

Es decir, que todos los certificados que se refirieron en los considerandos precedentes fueron motivo de expreso reclamo en autos, más allá de que la defensa de la demandada se basó en la certificación como servicios privilegiados.

Al respecto, es necesario diferenciar entre la obligación de entregar las certificaciones y la efectiva concreción de la obligación por el empleador de efectuar los aportes a su cargo a los organismos de la Seguridad Social; o sea que el mero reclamo del certificado no constituye una vía idónea para tramitar las exigencias del cumplimiento del régimen de la Seguridad Social. Para ello, existen las instancias pertinentes ante recaudadores y las vías establecidas a tal fin para la percepción de los aportes que no es motivo de análisis en este proceso.

Se analizará en este caso si medió intimación de los actores a la entrega de las certificaciones que obliga el Art. 80 de la L.C.T.

Surge, en la causa, que el 21 de julio de 2005 los actores: Arriagada, Cubillos, Fuentes Ricardo, Fuentes Sanchez Julio, Hermosilla, López, Ocampo, Quinchao, Silva Jaque, Valenzuela, Varela Fabian, Varela Hector, y Urrutia intimaron a la demandada para que haga entrega de Certificados de Trabajo, Servicios y Remuneraciones –con código 01 Dcto. 2136/74- bajo apercibimiento de demandar su entrega, e indemnizaciones. La demandada responde mediante Carta documento -09/09/2005- que las certificaciones fueron entregadas en tiempo y forma.

Luego, los actores Miranda, Galindo, Maida realizan idéntica intimación el 16.09.2005 y reciben la misma respuesta por parte de la demandada.

O sea, con excepción de 3 trabajadores (Ríos, Ortega y Ortigueira), el resto intimó a la entrega de los certificados de Trabajo, y de Servicios y Remuneraciones. Entonces, se cumple con uno de los recaudos exigidos por la norma.

El otro requisito, es el atinente al incumplimiento de la obligación.

También, ante la improcedencia de los recursos extraordinarios que cuestionaban la entrega de las certificaciones de servicios y remuneraciones quedan firmes los decisorios de Alzada y de Primera Instancia que hicieron lugar a la entrega de aquellas con indicación de las tareas efectivamente cumplidas que se subsumen en el Decreto 2136/74, con código 01 y los certificados que refiere el Art. 80 de la L.C.T. como fuera decidido en la instancia de grado a fs. 669 vta/670, bajo apercibimiento de astreintes.

Por otra parte, le incumbía a la demandada probar que cumplió con la obligación que aquí se sanciona, lo que no ha ocurrido. Y, si bien puso a disposición de algunos actores el formulario PS 6.2 resulta pacífica la doctrina y también la jurisprudencia, que ello es insuficiente para tener por satisfecha la exigencia legal.

De todos modos, algunos de los documentos acompañados en autos, solo certifican un periodo de trabajo menor a lo que realmente aconteció y los servicios como comunes, no privilegiados.

Al respecto, la petición de los actores –en el escrito de demanda- es clara al solicitar la entrega de las omitidas y la rectificación de las entregadas.

En suma, la demandada deberá cumplir con la obligación de hacer ordenada en la instancia de grado con indicación expresa de todos los periodos que duró la relación laboral (art. 18 de la L.C.T.)

V. A la tercera cuestión sometida, atento a la forma en que se resuelve, y la naturaleza de lo decidido, estimo justo y razonable imponer las costas de todas las instancias a la demandada vencida (Arts. 17 Ley 921, 68, in fine, del C.P.C. y C. y 12°, Ley 1.406). MI VOTO.

El señor Vocal doctor RICARDO T. KOHON dice: comparto los argumentos expuestos por el Dr. Oscar E. MASSEI y la solución que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, SE RESUELVE: 1) RESPECTO DE LA PARTE ACTORA: Declarar PROCEDENTE el recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto por los actores -a fs. 817/915- por haber mediado infracción legal, de acuerdo a lo desarrollado en los considerandos de la presente y CASAR el pronunciamiento dictado a fs. 795/800 por la Cámara de Apelaciones local –Sala I-. 2) Establecer la siguiente pauta interpretativa en relación con el Art. 90, inc. b) de la Ley 20.744 en armonía con la protección constitucional que emerge del Art. 14 bis de la Constitución Nacional, en el sentido de que: debe atenderse al tipo de necesidad implicada como objeto de contratación, es decir, si ella responde a una necesidad permanente o transitoria. 3) Declarar PROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinario interpuesto por la parte actora y en su mérito, NULIFICAR PARCIALMENTE la sentencia de Alzada respecto de la situación viciada por incongruencia, en virtud de lo establecido en el artículo 18, 2° párrafo, Ley 1.406 y los fundamentos vertidos en los considerandos que anteceden. 4) RESPECTO DE LA PARTE DEMANDADA: Declarar IMPROCEDENTES los recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley, deducidos a fs. 917/942. Y ABSTRACTO el relacionado con la base de cálculo de los honorarios profesionales. Todo, en virtud de los fundamentos vertidos en los considerandos pertinentes. Confirmar, en consecuencia, el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén, en lo atinente a la entrega de las certificaciones de servicios y remuneraciones con constancia de servicios amparados por el Decreto 2.136/74. 5) A la luz de lo dispuesto por el Art. 17°, inc. c), de la Ley 1.406, recomponer el aspecto casado y la cuestión preterida mediante el acogimiento de la apelación entablada por la parte actora a fs. 678/705, haciendo lugar a la demanda,

en lo que atañe a las indemnizaciones reclamadas y diferencias salariales en concepto de horas extras, las que deberán liquidarse sobre la base establecida en los considerandos pertinentes con más los intereses determinados en la Alzada. Mantener lo decidido por el Juez de grado en lo que respecta a la entrega de las certificaciones del Art. 80 de la L.C.T. en el plazo y apercibimiento indicado. 6) Imponer las costas de todas las Instancias a la parte demandada vencida (Arts. 17º de la Ley 921; 12º de la Ley 1.406 y 68 del C.P.C.y C.) 7) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes Dres. ... y ... –en el doble carácter y patrocinante, respectivamente, por la actora- y Dr. ... – en el doble carácter por la demandada-, en un 25% de la suma que deba fijarse para retribuir idéntica actuación en la instancia de origen (conf. Art. 15º de la Ley 1.594 y 20, modificado por Ley 2.933). 8) Disponer la pérdida del depósito efectuado por la demandada, cuya constancia luce a fs. 916 (Art. 10º de la Ley 1.406), dándosele el destino conferido por la Ley 1.971. Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos.

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

Dr. RICARDO T. KOHON - Dr OSCAR E. MASSEI

Dra. MARIA T. GIMENEZ DE CAILLET-BOIS -Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"SUÁREZ MARIELA DEL CARMEN C/ COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. S/ COBRO DE HABERES" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 68/2011) – Acuerdo: 38/15 – Fecha: 13/10/2015

DERECHO PROCESAL: Recurso extraordinario local.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. SENTENCIA ARBITRARIA. ABSURDA VALORACION DE LA PRUEBA. HORAS EXTRA. PRUEBA DE LAS HORAS EXTRA. REGISTRO DE HORAS EXTRA. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO. INCONSTITUCIONALIDAD.

1.- Corresponde declarar improcedentes los recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley impetrados por la demandada COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. y confirmar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén. Por cuanto no se verifica en ella la arbitrariedad denunciada por el impugnante, quien no cumplió con la carga de demostrar el error grosero y fundamental materializado en una conclusión incoherente en su aspecto lógico y formal e inconciliable con las constancias objetivas de la causa. Ello así, pues del análisis global del material probatorio y en particular, de la prueba documental y testimonial no se advierte que la magistratura de Alzada hubiese infringido las reglas de la sana crítica.

2.- […] Conforme doctrina de este Cuerpo, la causal de arbitrariedad prevista por vía de Inaplicabilidad de Ley, debe ser entendida en torno a la figura del absurdo en la valoración de los hechos y pruebas. Refiere a un vicio descalificante, de acuerdo al concepto acuñado por este Tribunal, en la especial hipótesis en que la judicatura de

grado al sentenciar, lejos de ser coherente, incurre en una operación intelectual que la lleva a premisas o conclusiones que transgreden las leyes de la lógica o del raciocinio (cfr. Acuerdos Nros. 30/91,50/92, 80/93, 115/95, 1/12, 5/12, y R.I. Nros. 1391/96, 94/01, entre muchos otros).

3.- Corresponde el pago de las diferencias que en concepto de horas extras reclamadas por la actora, admitidas por la empleadora y corroboradas por los testigos aportados, por cuanto el convenio de la actividad prevé una jornada semanal de 36 hs. y la empleadora no probó llevar el libro de registro especial en el que debía constar el trabajo efectivamente prestado en horas extraordinarias, obligación que también imponen los Arts. 8 y 11, punto 2, de los Convenios 1 y 30 de la O.I.T., ambos ratificados y de jerarquía supra legal de acuerdo al Art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

4.- No corresponde la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 52 y 55, inc. a) y b) de la Convención Colectiva de Trabajo y de las leyes 12.208 y 12.291, en tanto establecen indemnizaciones especiales y diferenciadas de las previstas por los Arts. 232 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, (Y POR TANTO) en virtud de considerarlas violatorias de los Arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional. Ello en virtud de que las cláusulas contenidas en las convenciones colectivas de trabajo regulan intereses privados. Por lo tanto, no son normas públicas, así como tampoco tienen en mira el bien común, sino ciertos intereses privados, aunque colectivos. En consecuencia, no constituyendo ley en sentido formal la declaración de su inconstitucionalidad resulta impertinente.

Texto completo:

ACUERDO N° 38: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los trece (13) de octubre de dos mil quince se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. vocales OSCAR E. MASSEI y RICARDO T. KOHON con la intervención de la Secretaria Civil de Recursos Extraordinarios, doctora MARÍA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia en los autos caratulados: "SUÁREZ MARIELA DEL CARMEN C/ COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. S/ COBRO DE HABERES" (Expte. N° 68 - año 2011) del Registro de la Secretaría de la Actuaria.

ANTECEDENTES: A fs. 200/217 la demandada, COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A., mediante apoderado, deduce recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley, contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén –Sala I-, obrante a fs.176/188, que revoca el fallo de Primera Instancia y hace lugar a la demanda.

A fs. 222/223, la actora contesta el traslado de ley. Solicita se declaren inadmisibles los remedios deducidos, con costas.

A fs. 230/232, a través de la Resolución Interlocutoria N° 31/13, se declaran admisibles los recursos impetrados con sustento en los Arts. 18 y 15, incs. a) b) y c), del Art. 15° de la Ley 1.406.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario? 2) En su defecto, resulta procedente el de Inaplicabilidad de Ley, 3) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? 4) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el doctor OSCAR E. MASSEI dice:

I. A los fines de respetar un orden metodológico, realizaré una síntesis de los hechos relevantes para la resolución de este recurso.

1. A fs.48/53 vta., la actora promovió demanda contra COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A., por el cobro de la suma de $51.368,07 en concepto de diferencias salariales e indemnizatorias y horas extras, con intereses y costas.

Relata que el 13 marzo de 2008 ingresó a trabajar para la demandada -empresa periodística que publica el diario "La Mañana de Neuquén"- y que se desempeñó en la categoría auxiliar de la sección publicidad.

Reseña que cumplía tareas de diseño y armado de avisos publicitarios, preparación o modificación de los avisos pre-diseñados mediante el uso de programas digitales, tales como Corel Draw, Ilustrador, Photoshop, In- Desing, entre otros.

Agrega, que en algunas oportunidades se encargaba de diseñar suplementos especiales de publicidad los que eran encargados por determinadas empresas, denominados inserts, consistentes en varias páginas integradas al diario, así como también folletos y otras tareas accesorias.

Indica que cumplía una jornada de trabajo de lunes a viernes de 12 a 20 horas y los sábados, de 10 a 14 horas.

Respecto del encuadramiento sindical, afirma encontrarse comprendida en el ámbito del Estatuto del Empleado Administrativo de Empresas Periodísticas (Ley 12.921, ratificatoria del Decreto-Ley 13.839/46).

Expresa que, pese a cumplir una jornada laboral que excedía las 36 horas semanales establecidas por la ley de la materia, no le fueron abonadas por la empleadora las horas extras. Esta situación dio origen a reclamos de su parte en la oficina de personal, los que alega, merecieron respuestas evasivas.

Afirma que ante esta situación el 23/10/08 remite telegrama colacionado intimando el pago a valores actualizados de las horas extras devengadas y no abonadas desde el inicio de la relación laboral con el recargo del 50% y 100%.

Asimismo, reclama se le abone el sueldo y diferencias salariales, de conformidad al Convenio Colectivo de Trabajo 541/08, Categoría A, Administración, auxiliar calificado/especializado, más el adicional por zona del coeficiente 1, 12% y el 1% de antigüedad (Arts. 32 y 57 del citado convenio).

La demandada rechaza la intimación de la actora, por carta documento del 27/10/08, niega que cumpla una jornada laboral de 44 horas semanales y afirma que nunca superó las 6 y media de trabajo diario. Sin perjuicio de ello, pide que indique fecha y horas concretas que pretende haber trabajado, discriminando las correspondientes al 50% y al 100%. Con relación a categoría, adicionales y remuneraciones, niega que se le adeuden diferencias remunerativas. Niega la pretensión de encuadramiento como auxiliar calificado, expresa que las remuneraciones pagadas son las correspondientes a la escala salarial de la CCT 541/08. Desconoce la procedencia del adicional por zona, en tanto lo establecido por el Art. 57 del Convenio Colectivo se aplica sobre los salarios básicos de los trabajadores de la zona al sur del paralelo 44. En cuanto al adicional por antigüedad, afirma que es efectivamente abonado, por lo cual solicita aclare su petición.

La actora responde por telegrama colacionado del 30/10/08. Se da por despedida, en virtud del desconocimiento de la real jornada laboral de 44 horas semanales trabajadas y la consiguiente negativa al pago de las horas extras devengadas, así como el rechazo de la categoría como auxiliar calificada/especializada según Convenio Colectivo de Trabajo 541/08, indica que los básicos abonados resultan inferiores a todas las categorías de auxiliares de la escala salarial, Anexo 1, medios gráficos, Categoría A, Administración. Finalmente, expresa que el pago de las horas se puede efectivizar mediante simple cálculo aritmético y que la determinación de las diferencias salariales surge de un simple cotejo entre lo pagado y la escala salarial de convenio.

La demandada remite carta documento el 3/11/08. Rechaza el telegrama de la actora y denuncia que incumple el deber de obrar de buena fe. Niega los supuestos agravios. Pone a disposición haberes y liquidación final, certificado de trabajo, servicios y remuneraciones.

La Sra. Suárez afirma que por vía de la Convención Colectiva de Trabajo 541/08 se equipara a los empleados administrativos de empresas periodísticas-Ley 12.901, en cuanto a la indemnización por despido, preaviso y otros rubros, al personal comprendido en el Estatuto del Periodista profesional -Ley 12.908- y en consecuencia a ella le corresponde la indemnización prevista por el Art. 43 de esta última norma.

Enfatiza la aplicación de lo dispuesto en el Art. 8° de la Ley de Contrato de Trabajo y hace hincapié que en virtud del Art. 24 de la citada convención colectiva, el pago en menos de las remuneraciones implica un despido incausado.
Finalmente, efectúa la liquidación de los rubros reclamados en función del salario de la categoría correspondiente al auxiliar calificado / especializado, contemplado en el Convenio Colectivo aplicable. Funda en derecho y ofrece prueba.
2. Corrido el traslado de ley, a fs. 90/96 vta., contesta la demandada. Hace una negativa general y particularizada de los hechos afirmados por su contraria. Expresa que la actora cumplía un horario de trabajo de 12 a 14 horas y de 15/15.30 a 20 horas, de lunes a viernes, con suspensión de tareas entre una 1 hora y 1 ½ diaria para almorzar o descansar y que un sábado por medio o por mes concurría, una o dos horas por la mañana para completar la jornada laboral de 36 horas semanales.
Afirma que las tareas de la actora no requerían conocimientos específicos, que no era diseñadora gráfica. Que las labores que realizaba mal podían caracterizarla como auxiliar especializado o calificado, porque recibía los avisos que encargaban clientes adaptándolos a modelos ya existentes o trabajaba sobre un logo o aviso escaneado que luego adaptaba con supervisión de la Sra. Yanina Lértora, quien tampoco era diseñadora gráfica. Enfatiza que la labor de la Sra. Suárez era de reproducción, lo cual se correspondía con la categoría asignada.
Manifiesta que desde su ingreso, estuvo así encuadrada, sin que hiciera reclamo alguno. Además, dice que el CCT 541/08 no describe las tareas que desempeña un auxiliar especializado o calificado.
Expresa que no existió agravio para denunciar el contrato de trabajo (Art. 242 de la L.C.T.), y por el contrario, la actora puso de manifiesto una conducta desaprensiva de los principios de conservación del contrato y buena fe (Arts. 10 y 63 del texto legal citado).
Finaliza el responde con el planteo de inconstitucionalidad de las indemnizaciones especiales de los Arts. 52 y 55, incs. a) y b), del CCT 541/08 y/o de toda otra norma convencional o legal (Leyes 12.908 y 12.921), que establezcan indemnizaciones especiales y diferenciadas de las previstas por los Arts. 232 y 245 de la L.C.T.
3. Sustanciado el proceso, a fs. 153/155 se dicta la sentencia de Primera Instancia, la cual rechaza en su totalidad la demanda interpuesta, con costas a la actora.
Sus fundamentos son: a) del convenio y escalas salariales adjuntadas por la actora no surge claramente qué tareas se corresponden con cada categoría, sino que separa por agrupamientos, en el caso de autos Empleados Administrativos y si bien la escala salarial fija distintas categorías, no especifica qué debe entender por Auxiliar Calificado/Especializado. Extremos que tampoco son clarificados en la Ley 12.921 y su modificatoria 15.535. b) respecto de la tipificación estatutaria de las funciones desarrolladas por la actora, sostiene que ésta llevó a cabo una tarea técnica sin probar la existencia de especialización o antecedentes particulares que permitan encuadrarla en una categoría distinta a la de auxiliar de la sección técnica; advierte que la accionante no acreditó antecedentes sobre especializaciones; como tampoco acompañó título alguno c) en cuanto a las horas extras reclamadas, las desestima por insuficiencia probatoria, enfatizando que la prueba testimonial es contradictoria, que ninguno de los testigos trabajó en iguales horarios que Suárez, y que además, mantienen causa pendiente con la demandada por cobro de haberes, por lo cual sus declaraciones se encuentran teñidas de parcialidad.
Finalmente, considera los telegramas remitidos por la actora, y en especial el que pone fin a la relación laboral. En base a ellos tiene por no acreditadas las causales y que el despido en que se colocó la Sra. Suárez fue incausado, en violación a lo dispuesto por los Arts. 63 y 10 de la Ley de Contrato de Trabajo. Rechaza las indemnizaciones reclamadas, por aplicación de los artículos 242 y 246 de idéntico texto legal.
4. Disconforme con ese pronunciamiento se alza la actora, e interpone apelación a fs. 156/161.
Centra sus agravios en la interpretación errónea que -según afirma- se hizo al no encuadrarla como auxiliar calificada. Esgrime que el Convenio Colectivo en cuestión no exige calificación previa alguna ni título habilitante; tampoco antecedentes previos. Además, sostiene que el fallo del A-quo no consideró que las tareas requerían, al menos, conocimientos específicos.

Por otra parte, hace mención a los Convenios Colectivos Nros. 301/75 de Capital Federal y 391/75 de la Provincia de Corrientes, señalando que tampoco en estos se exigen antecedentes específicos ni título habilitante, siendo suficientes las funciones asignadas al trabajador.

Puntualiza que no está en discusión el horario de ingreso y egreso de la actora, sino la media hora posterior a las 14 y anterior a las 15 horas.

Resalta que no es razonable el argumento de que los testigos no hacían el mismo horario, ya que todos estaban presentes en su lugar de trabajo en ese horario, de lunes a viernes.

Subraya que el C.C.T. 541/08 establece una jornada máxima de 6.30 horas diarias, y 36 semanales (Art. 49). A ello añade que no cumplía la jornada diaria de manera continuada. De modo tal que aun sin considerar los horarios trabajados los días sábados, las jornadas de trabajo superaron la de convenio, por lo cual deben ser abonadas con el recargo del 50% o 100%, según corresponda.

También se agravia por la desestimación que efectúa la judicatura de los testimonios brindados por sus ex compañeros de trabajo, por el hecho de tener los mismos juicios pendientes contra la demandada. Ello así, ya que el A-quo, pese a manifestar que serán apreciados de conformidad a los Arts. 386 y 456 del C. P. C. y C, concluye que se encuentran teñidos de parcialidad.

En su crítica la apelante desarrolla varios argumentos. En primer lugar, que el testigo con juicio pendiente no se encuentra excluido de declarar, conforme al Art. 427 del Código Procesal. En segundo lugar, los declarantes, por haber prestado servicios en la misma oficina que la actora, son testigos calificados para acreditar las circunstancias de hecho denunciadas en la pretensión y que para descalificar dicha prueba era necesario acreditar, por otros medios, que tales declaraciones eran falsas o contradictorias.

En otro aspecto, ataca el fallo porque no menciona la falta de presentación de las planillas de horarios normales y suplementarias (Arts. 52 de la L.C.T. y 6° de la Ley 11.544), pese a que la demandada fue intimada y se las tuvo por no presentadas de conformidad al Art. 38 de la Ley 921.

Subraya que es incongruente intimar a la presentación de las planillas para luego negar carácter operativo a la presunción legal.

En cuanto a las horas extras, asevera que si bien en principio son excepcionales, su acreditación presenta dificultades para los trabajadores, porque estos no llevan constancias registrales, las que sí se encuentran a cargo de la empleadora, y respecto de este tema considera aplicable la doctrina de la carga probatoria dinámica.

Sostiene que en el caso no se trata de probar horas extraordinarias esporádicas, sino considerar que la jornada trabajada en forma permanente excedía el mínimo legal de convenio.

Cuestiona que no se tuvieran por probadas las causas del despido indirecto, tales la falta de reconocimiento de la categoría profesional reclamada, la negación de la real jornada de trabajo, la falta de pago de las horas extras.

Todas ellas constituyen, seg{un alega, injurias graves que impidieron la prosecución del vínculo laboral, por lo que la actora se consideró con derecho al despido indirecto. Por ende, afirma que la sentencia de grado es contraria a los principios establecidos por los artículos 63 y 10 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Como último agravio, dice que no es imputable a la trabajadora la inobservancia del principio de conservación del contrato cuando, en virtud de éste, se avasallan elementales derechos, tales, el derecho al trabajo digno, a la jornada limitada de trabajo, al de igual remuneración por igual tarea, derechos humanos fundamentales reconocidos por la ley, las convenciones colectivas de trabajo, la Constitución Nacional (Art. 14 bis) y los Tratados Internacionales y los Convenios de la O.I.T.

5. La demandada contesta el memorial a fs. 168/172 vta. Afirma que la crítica ensayada por la actora no tuvo en cuenta las declaraciones de Yanina Lértora (fs. 123/124 y vta.) y Magalí Persa (fs. 119 y vta.).

Manifiesta que su parte impugnó las testimoniales brindadas por Natta Vera, Tempestti y Paz López (cfr. fs. 118 vta., 122 y 125 vta.), dado el manifiesto interés de los declarantes en el resultado de este pleito. Al respecto, advierte que los tres testigos –ofrecidos por la actora- han promovido acciones -en concepto de diferencia de categorías y horas extras- con igual representación e idéntico patrocinio letrado que el de la actora en este proceso, las que tramitan en los

autos caratulados: "Natta Vera, Ricardo Gabriel c/ Comunicaciones y Medios S.A. y Otros s/ Cobro de Haberes"; "Tempesti Melisa Noelia c/ Comunicaciones y Medios S.A. y Otros s/ Cobro de Haberes" y "Paz López, Albana María c/ Comunicaciones y Medios S.A. s/ Cobro de Haberes".

Ergo, es indudable, el interés personal que tienen estos testigos en el resultado del presente proceso.

Por otra parte, respecto a la falta de presentación de las planillas en horarios normales y suplementarios y el apercibimiento previsto por el Art.38 de la Ley 921, sostiene que dicha norma solo permite tener por ciertos los hechos alegados por la actora, en el caso de mediar declaración jurada y salvo prueba en contrario, circunstancias que no se verifican en este proceso.

Continúa su réplica. Afirma que no tuvo en cuenta que su parte aportó prueba contundente sobre la improcedencia de las diferencias por categoría y horas extras, a través de los testigos Lértora y Persa.

Sostiene que la actitud de la trabajadora, asumida inmediatamente después de la respuesta de la patronal, resultó apresurada y contraria al principio de buena fe (Art. 63 y 10 de la L.C.T.).

Culmina su responde aseverando que la sentencia de grado es ajustada a derecho, en tanto no se probó la existencia de injuria que habilitase la denuncia del contrato de trabajo (Art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo).

6. A fs.176/188, la Cámara de Apelaciones emite su pronunciamiento. Revoca la sentencia de grado obrante a fs.153/155 y en consecuencia hace lugar a la demanda entablada contra Comunicaciones y Medios S.A., a quien condena a abonar a la actora la suma de $28.719,75, más la que resulte de la liquidación de horas extras en la forma explicada en los considerandos e intereses calculados desde la mora, según tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén y hasta el momento del efectivo pago. Impone las costas de ambas instancias a la demandada (Art. 71 del C.P.C. y C).

Parte de analizar el intercambio de comunicaciones que se produjera entre las partes, por entender que gravita de manera decisiva para resolver la pertinencia del despido indirecto.

Sostuvo que la demandada al momento de contestar la intimación de la trabajadora obró de mala fe frente a los reclamos puntuales y específicos que aquélla formulara -recategorización y horas extras– porque, luego de negar la veracidad de la jornada laboral y categoría reclamadas, requiere le sean indicadas fecha y horas trabajadas en exceso de la jornada normal, discriminando las horas que deben calcularse al 50% y al 100%, a los efectos de determinar la veracidad, procedencia, y extensión del reclamo, y al mismo tiempo se le hace saber que dispuesta a examinar las liquidaciones y en el caso de detectar diferencias hacerlas efectivas.

La Alzada considera que la empleadora incurre en autocontradicción dentro del texto de tal misiva, la que pone de manifiesto su actuación de mala fe. Por ende, concluye que no puede ser obstáculo a los reclamos de la accionante.

Respecto a los agravios relacionados a desmerecer la eficacia probatoria de los testigos por tener juicio pendiente con la demandada, los judicantes, consideran que tal circunstancia no conduce a su descalificación por si sola, sino, en tal caso ponderar sus manifestaciones con mayor rigor crítico, en correlación a lo expresado por la totalidad de los testigos. En especial, teniendo en cuenta que los sucesos laborales ocurren dentro de una comunidad de trabajo y por eso los que participan de ella pueden aportar elementos que permitan el efectivo conocimiento de los hechos.

La Cámara asevera que se probó la efectiva prestación de servicios por parte de la actora en jornadas superiores a las establecidas en el estatuto profesional en el que se hallaba encuadrada. Ello surge de la admisión que efectúa la propia accionada al contestar la demanda (fs. 92), de las testimoniales de Magali Presa (fs. 119) Yanina Lértora (fs. 123/vta.), Paz López (fs. 117/vta), Tempestti (fs. 121) y Natta Vera fs. 125), la ausencia de las registraciones previstas por los Arts. 196, 52 inc. g) de la Ley de Contrato de Trabajo, 6° de la Ley 11.544, 21 del Decreto Reglamentario 16.115/1933, y ello se agrega su falta de presentación en el presente proceso lo que torna operativa la presunción favorable a la trabajadora en los términos del Art. 38 de la Ley 921.

En definitiva, admite el tópico bajo examen teniendo por cierto que la actora cumplía cuarenta y ocho horas de lunes a viernes y cuatro horas los días sábados, de ello surge que a las 36 horas semanales de convenio se agregaban ocho horas, que deben ser calculadas: siete al 50% y 1 al 100%.

Respecto al planteo referido a la recategorización, los judicantes concluyen que dentro del Convenio N° 541/08 -dada la prestación específica llevada a cabo por la Sra. Suárez- esto es la composición gráfica de los avisos publicitarios con utilización de diversos programas computacionales, debió haber sido remunerada según la categoría determinada en el Anexo I como auxiliar calificada/especializada.

Asimismo la Alzada estima que la negativa de la empleadora a reconocerle una cantidad significativa de horas extras y sus consiguientes recargos, unida a la negación del salario según la categoría convencional, comportan circunstancias suficientemente graves para justificar el despido indirecto en que se colocó la trabajadora.

Finalmente, pondera el planteo de inconstitucionalidad articulado por la demandada, con relación a las indemnizaciones especiales previstas en los Arts. 52 y 55 incisos a) y b) del Convenio Colectivo de Trabajo 541/08. En tal sentido, teniendo en cuenta las garantías constitucionales y el principio protectorio del trabajador (Art. 14 bis de la Constitución Nacional) estrechamente vinculado a la aplicación de la norma más favorable al trabajador (Art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo) juzga que en el caso, la argumentación de la empleadora solo evidencia una consideración normativa diferenciadora a favor de un grupo de trabajadores, mas sin menoscabo o perjuicio para otros trabajadores, como tampoco importa una arbitraria discriminación de un grupo de empleadores. Aduna que el régimen indemnizatorio del despido más beneficioso no ha sido establecido por una ley, sino en una convención colectiva, con la participación de los delegados de las empresas empleadoras.

II. Dicha resolución es impugnada mediante los recursos extraordinarios locales por la demandada a fs. 200/217.

La aquí recurrente encauza sus agravios por los carriles de Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad Extraordinario. Funda el primer remedio en los incisos a), b) y c) del Art. 15° de la Ley 1.406; y el segundo, en la causal de falta de sustento en las constancias de la causa.

Sobre las causales de infracción legal, expresa que el fallo en crisis incurre en violación y errónea interpretación y aplicación de los Art. 10 16, 52, 55 y 242 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Ahora bien, respecto del remedio de Nulidad Extraordinario se evidencia que el motivo esgrimido para fundar este -en rigor- se encuentra íntimamente vinculado con los agravios expuestos en orden a la infracción legal de las normas de la Ley de Contrato de Trabajo y a la absurda valoración de la prueba que se individualizan en el escrito casatorio.

Consecuentemente, la impugnación efectuada puede encontrar una adecuada respuesta jurisdiccional dentro del andarivel previsto en el Art. 15° de la Ley 1.406. Por ello y en virtud de lo dispuesto por el Art. 19° del Ritual, carece de virtualidad el tratamiento y consideración del recurso de Nulidad Extraordinario.

En lo que sigue abordare el análisis del recurso de Inaplicabilidad de Ley.

Cabe destacar que los puntos planteados y debatidos en la presente causa resultan sustancialmente análogos a in re "TEMPESTTI, MELISA NOELIA C/ COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. S/ COBRO DE HABERES", Expte N° 55/2010 del Registro de la Secretaría Civil de éste Tribunal, por lo cual seguiré los lineamientos, análisis y conclusiones desarrollas al fundamentar mi voto en dicha causa.

Sentado ello, considero oportuno comenzar por el tratamiento de la arbitrariedad denunciada, en tanto dicho planteo controvierte la base fáctica de la causa.

A tales efectos resulta necesario examinar si han mediado vicios en la adecuada fijación y adecuación de los hechos, a fin de poder evaluar, a partir de ello, si se ha arribado a un correcto encuadre normativo o bien, se ha producido la infracción legal denunciada por la recurrente.

La queja vertida se centra en controvertir la labor desplegada por la Cámara sentenciante, en punto a la ponderación de las pruebas colectadas, materia que, en principio, resulta ajena a la revisión en esta instancia, salvo que se invoque y demuestre la configuración de absurdo probatorio.

Conforme doctrina de este Cuerpo, la causal de arbitrariedad prevista por vía de Inaplicabilidad de Ley, debe ser entendida en torno a la figura del absurdo en la valoración de los hechos y pruebas.

Y dicha causal refiere a un vicio descalificante, de acuerdo al concepto acuñado por este Tribunal, en la especial hipótesis en que la judicatura de grado al sentenciar, lejos de ser coherente, incurre en una operación intelectual que

la lleva a premisas o conclusiones que transgreden las leyes de la lógica o del raciocinio (cfr. Acuerdos Nros. 30/91,50/92, 80/93, 115/95, 1/12, 5/12, y R.I. Nros. 1391/96, 94/01, entre muchos otros).

Este Alto Cuerpo lo ha caracterizado como:

[…] el error grave y ostensible que se comete en la conceptualización, juicio o raciocinio, al analizar, interpretar o valorar pruebas o hechos susceptibles de llegar a serlo con tergiversación de las reglas de la sana crítica en violación de las normas jurídicas procesales aplicables, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico formal o insostenible en la discriminación axiológica" (Cfr. T.S.J.N., Ac. N°19/98, "CEA").

También ha dicho:

"[...] se configura apreciación absurda de la prueba cuando se da categoría probatoria a lo que por naturaleza no puede tenerla, o a piezas que no se refieren al hecho en discusión o que demuestran lo contrario a lo afirmado en la sentencia" (cfr. Ac. 171/96).

Por ello, resulta un instituto excepcional y de interpretación restrictiva, circunscripto al supuesto en que se acredite la violación a las reglas que rigen la materia, a cuyo respecto, cabe agregar:

Este […] vicio (error) por hallarse en la base misma del proceso mental del juez o –o jueza- (y cualquiera sea la lógica del itinerario seguido y la corrección formal de las conclusiones en definitiva aceptadas), lleva necesariamente a apartarse de la verdad cuyo esclarecimiento se busca. Y lo garrafal de la desinterpretación finca en que las propias constancias del proceso desmienten el sentido que el juzgador atribuye a un determinado elemento probatorio y en la trascendencia que esa premisa visiblemente equivocada tiene para la ulterior decisión sobre los hechos controvertidos" (Cfr. Heberto A. Baños en su obra 'La prueba en conciencia' (pág. 27 cit. por Augusto M. Morello 'La Casación', pág. 335, Acuerdos. Nros. 18/2000" Pentak" y 27/2001 "Coca").

Al recurrente, entonces, no le alcanza con argumentar que la prueba pudo valorarse de otra forma o que el hecho pudo haber acaecido de diferente manera; en cambio, le es indispensable demostrar que, como se sostiene en la sentencia, no puede ser (SCBA, causa 101.691, sent. del 11-III-2009).

Examinado el vicio que se endilga al decisorio en crisis advierto que la impugnante no ha cumplido con la carga de demostrar el error grosero y fundamental materializado en una conclusión incoherente en su aspecto lógico formal e inconciliable con las constancias objetivas de la causa.

Ello así, porque del análisis global del material probatorio y en particular, de la prueba documental y testimonial no se advierte que la magistratura de Alzada hubiese infringido las reglas de la sana crítica.

Dichas reglas excluyen, la discrecionalidad de quien juzga. Se trata, de los principios (de la lógica y de las máximas de la experiencia) extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente como fundamentos de posibilidad y realidad (cfr. PALACIO-ALVARADO VELLOSO, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado, y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1994, pág. 140).

En tal sentido, nos enseña el maestro Morello que la sana crítica resulta un complejo estimativo que no corresponde ni confina una lógica rigurosa o absoluta, más bien, con flexibilidad y captación realista de la penetración en el análisis psicológico de las declaraciones de las partes, se vale de los testigos y de las explicaciones de los peritos, insertándolas en un cuadro más amplio, que se abastece en la totalidad de las circunstancias que son pertinentes (cfr. aut. cit. en Acuerdo 19/1998 in re "Cea Nivaldo del Tránsito c/ Aburto Carlos Guillermo y otro s/Daños y Perjuicios").

En efecto, los sentenciantes, al ponderar la prueba documental, consideraron que las tareas específicas que desarrolló la trabajadora se correspondían a la categoría de "auxiliar calificado/especializado" del convenio de actividad N° 541/08, así sostuvieron:

[…] Y bien, en los recibos salariales que ella misma acompaña (fs. 6/27) la actora aparece designada con la sola denominación de "auxiliar", pero si confrontamos esa designación con las que figuran en el "Anexo I, de inmediato advertimos que, entre ellas, no existe plena identidad toda vez que en estas ultimas el calificativo es siempre compuesto…].

O sea en el CC que rige la actividad no hay una categoría de "meros" auxiliares y que esta circunstancia en sí misma entraña una irregularidad imputable a la empleadora"

[…]… por diferenciación con la tarea real desempeñada, corresponde descartar del listado anterior la alternativa" auxiliar/telefonista", que sin embargo, es la que se ha utilizado para graduar el salario de la actora (véanse recibos de fojas 25/26).

Pero avanzando aún más, y ya en relación a la prestación específica que la accionante llevaba a cabo, se observa asimismo que la tarea de composición gráfica de los avisos publicitarios con utilización de diversos programas computacionales…. excede la inespecífica de "auxiliar primero" ….].

[…..] Y en resumidas cuentas: de un lado, la irregularidad de remunerar a la actora a través de la categoría menor (Auxiliar telefonista) y, de otro, tanto la misma "mécánica" del Convenio que articula las categorías de "auxiliar primero" y "auxiliar calificado especializado" que naturalmente mueve a pensar en simples tareas administrativas para la primera de ellas y en una mayor "complejidad" o aún "especialización" para la segunda, como la circunstancia de que, "por lógica" las que desempeñaba la actora cuadran más dentro de esta última que de aquélla….]. (sic, fs.183/184).

Esta conclusión de la Cámara no constituye una apreciación groseramente equivocada de la prueba bajo examen y se corresponde con las exigencias de las leyes de la lógica.

Por otra parte, y en lo que hace a la prueba testimonial, ocurre lo propio.

Se constata que las declaraciones de los testigos de la accionada son contestes en afirmar las tareas efectivamente desarrolladas por la Sra. Suárez, especificando que operaba diversos programas de computación para el diseño de avisos; y también son precisos y concordantes en cuanto al sentido publicitario que requiere la diagramación de aquellos, lo cual se corresponde con las máximas de la experiencia.

En consecuencia, se concluye que la actora realizaba tareas que requerían de especial capacitación que exceden el encuadramiento convencional dado como Auxiliar, en tanto ésta importa acciones de simple colaboración, que no se compadecen con las realmente desempeñadas. Y en el tópico debe honrarse el principio de la supremacía de la realidad, inherente con el régimen tuitivo establecido expresamente por la Ley de Contrato de Trabajo y los Tratados Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad (Art. 75, inc.,22 de la C.N.).

Por otra parte, y en cuanto a las diferencias que en concepto de horas extras reclama la actora, cabe subrayar, que como bien lo afirma la Alzada, la realización de un horario superior al del convenio de actividad el cual prevé una jornada semanal máxima de 36 horas fue admitida por la empleadora (cfr. fs. 92), y al propio tiempo corroborada con las testimoniales de Magalí Presa (fs. 119) y Yanina Paola Lértora (fs. 123 y vta.), de Paz López (fs. 117 vta.), Tempestti (f. 121) y Natta Vera (fs. 125). Y si bien tres de los cinco testigos tienen juicio pendiente con la demandada tal circunstancia, no conduce a su descalificación automática porque la valoración de su eficacia probatoria encuentra sustento suficiente en correlación a lo expresado por la totalidad de los testigos y a la inexistencia de prueba de la falsedad de sus dichos.

De las constancias de la causa surge que la actora efectivamente cumplía tareas en tiempo suplementario. En consecuencia, la demandada se encontraba obligada a llevar un registro especial, en el cual dejara asentado el trabajo prestado en horas extras (Arts. 6° de la Ley 11.544 y 21 del Decreto 16.115/33,52 y 55 de la Ley de Contrato de Trabajo).

Cabe señalar que la empleadora no probó llevar el libro de registro especial en el que debía constar el trabajo prestado en horas extraordinarias, obligación que también imponen los Arts. 8 y 11, punto 2, de los Convenios 1 y 30 de la O.I.T., ambos ratificados y de jerarquía supra legal de acuerdo al Art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, en cuanto se establece:

[…] c) inscribir en un registro, en la forma aprobada por la legislación de cada país o por un reglamento de la autoridad competente, todas las horas extraordinarias efectuadas de acuerdo con los artículos 3 y 6 del presente Convenio".(cfr. Convenio Nro. 1 Artículo 8).

Ahora bien, la accionante en forma previa a resolver el vínculo laboral, intimó a su empleadora para lograr que le sea reconocida la categoría de convenio como auxiliar calificada y las horas extraordinariaste.

Frente a ello, la demandada conforme surge del intercambio epistolar rechazó tales conceptos en abierta contradicción al principio de la buena fe contractual (Arts. 62, 63 y 10 de la Ley de Contrato de Trabajo).

Dicho principio constituye una guía para la aplicación, interpretación e integración de las normas laborales (cfr. Etala, Carlos Alberto, Contrato de Trabajo", Tomo 1, Editorial Astrea, 6° edición actualizada y ampliada, Buenos Aires 2008, pág. 225).

La jurisprudencia en la materia ha dicho:

"Si bien el actor no probó la cantidad de horas extras laboradas, de la prueba pericial surge que medió desempeño extraordinario lo cual lleva a presumir como cierto el número de horas extraordinarias estimado en la demanda, en razón de que la demandada no probó llevar el libro registro previsto en el art.6 inc.c) de la Ley 11.544 y en el art. 21 del decreto reglamentario 16.515, registro que sin duda debe ser llevado cuando en la empresa se trabaja en tiempo extraordinario. Cuando una norma jurídica reglamenta la existencia de un documento o registro, aunque no diga en forma expresa que debe llevarse y conservarse, ésta es la interpretación lógica que debe efectuarse toda vez que las normas legales- y en especial -las laborales- tienden a ser auto aplicables y no meramente abstractas. La excepción sólo se da cuando el precepto en forma clara indica que el llevado o conservación de tales libros, registros o documentos será facultativo, lo que no ocurre con la norma analizada" (CNT, Sala II "Laciar, Leopoldo I.J. c/ Derudder Hnos. SRL s/ Despido; "Gutiérrez, Rodrigo c/ Tecnología de Imagen Textil S.A. s/ Despido").

También:

[…] en la medida que la demandada no exhibió documentación alguna relacionada con la jornada de la actora, corresponde presumir que son ciertas las horas extras denunciadas en la demanda, siendo la accionada quien debía producir prueba en contrario (conf. art. 52 inc. g) y h y art 55 L.C.T." (CNAT Sala VI "Moscoso, María Laura c/ Antunis Segundamano Argentina SA s/ despido"; Sala VI Báez, Pedro Alberto c/ Transporte Servermar S.A. s/ despido"; "Alegre, Patricio Emmanuel c/ Bino SRL y otro s/despido).

La norma legal supra citada impone el deber genérico de buena fe, transgredido por la empleadora, y este marco jurídico es el que moldea la solución del presente.

Ello así, porque la denuncia del contrato por parte de la Sra. Suárez, tuvo su origen en el obrar de su empleadora, quien incurrió en incumplimientos contractuales- al negar los créditos laborales que le correspondían, los que por su gravedad equivalían a resolver el vínculo laboral. En consecuencia las indemnizaciones previstas para el despido sin justa causa, son también procedentes para el presente caso.

El Art. 246 de la Ley de Contrato de Trabajo, dispone:

"Cuando el trabajador hiciese denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, tendrá derecho a las indemnizaciones previstas en los artículos 232,233 y 245".

Al respecto, Justo López subraya que la solución consagrada por la norma bajo examen, responde al pacto comisorio implícito en los contratos sinalagmáticos de prestaciones recíprocas, además de guardar correspondencia con el carácter bilateral de la injuria (Cfr. autor citado en "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", T°II, págs. 1268, 2° Edición Edit. Contabilidad Moderna Buenos Aires, 1987).

La solución normativa encuentra anclaje en lo dispuesto por el Art. 14 bis de la Constitución Nacional que exige la protección contra el despido arbitrario, principio predominante en el Derecho Laboral y asimismo en el Convenio N° 158 de la O.I.T., sobre terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, el que no obstante no haber sido ratificado por Argentina, constituye una pauta valorativa en el desarrollo de los derechos humanos referidos a la protección del trabajador.

Desde esta perspectiva, el pronunciamiento en revisión tuvo en cuenta las particularidades de la materia a decidir referidas a derechos que están especialmente protegidos por la Constitución Nacional. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado:

[…]…que la relación de trabajo reviste una especificidad que lo distingue de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación del trabajador constituye una actividad inseparable e indivisible de su persona y, por tanto de su dignidad como tal. El principio protectorio que establece la Ley Fundamental y el plexo de derechos que de él derivan, así como los enunciados de las declaraciones y tratados de jerarquía constitucional, han hecho del trabajador un "sujeto de preferente tutela" (Fallos: "Vizzoti" 327:3677; "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A."322:2043 […]" (Cfr.C.S.J.N. Fallos: 534.XLIV).

El derecho de las asociaciones sindicales de celebrar convenciones colectivas de trabajo, tiene dentro de nuestro ordenamiento jurídico jerarquía constitucional (Arts. 14 bis y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional).

Como sostuve en mi voto en la causa "Asencio, Martín Javier y Otros c/ Grúas Gut S.R.L. S/ Despido" y sus acumulados:

"la Convención Colectiva, como fuente específica del Derecho Laboral, posee como principal consecuencia la obligatoriedad de sus disposiciones. Sus cláusulas, como bien se ha precisado, se adscriben a un estatus propio, cuyos efectos son los siguientes: a) son inmediatamente aplicables, porque, como las leyes imperativas, derogan ipso facto todo lo que se les oponga y que sea de un nivel inferior (contratos individuales de trabajo) y no sea más beneficioso (Art. 7°, Ley 14.250); b) son obligatorias, en tanto no se requiere su aceptación por las partes; c) son inmodificables e irrenunciables (Art .12°, L.C.T.); d) son nulas y sustituidas de pleno derecho las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador este tipo de normas (Art. 13, L.C.T.); e) son inderogables en la medida en que ingresan al derecho positivo con el rango ya precisado (cfr. C.N.A.T., Sala I, 13-3-74; L.L. 155-729, cit. por Ricardo Luis LORENZETTI, Convenciones Colectivas de Trabajo, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1988, pág. 85, págs. 65, 84, 220 y 221) (cfr. Mi Voto en Acuerdo N° 34/09).

Las convenciones colectivas, en tanto Acuerdos bilaterales entre partes colectivas con intereses opuestos, tienen alcance general porque constituyen normas aplicables a todos los sujetos que componen el grupo. De lo dicho podemos sostener que el acto de acordar el convenio colectivo tiene naturaleza afín con el contrato (Art. 1197, C.C. de V.S.; Art. 959 y c.c. C.P.C. y C.N.), mas se diferencia de éste porque las partes que representan los intereses comunes son sujetos colectivos de un todo específico.

Desde otro vértice, tiene semejanza con la ley por el alcance general de lo convenido, y concretamente dicho alcance general inhibe explicarlo como el resultado de la autonomía individual, pero ello no significa que pueda serle reconocido un carácter estatal con poder normativo público.

Y esta autonomía colectiva se encuentra contemplada por el ordenamiento estatal mediante la Ley 14.250 (Arts. 4° y 5°) la cual reconoce su eficacia general respecto del grupo profesional, luego de su homologación, la que está condicionada a la no violación de normas de naturaleza superior como la

Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, las de orden público además de la no afectación del interés general.

La distinción acerca de la naturaleza pública o privada de los convenios colectivos de trabajo se proyecta en la problemática de interpretación del convenio colectivo, es decir, como un contrato o por el contrario, como una ley en el sentido de norma de origen estatal.

Ello así, porque si bien los convenios colectivos de eficacia general constituyen leyes en sentido material, por ser fuente para el ordenamiento jurídico estatal, no significa que lo sean en orden formal, toda vez que por su naturaleza jurídica son profesionales.

Y estas características son las que determinan que los convenios colectivos no constituyan un conjunto pleno de normas jurídicas, en el que cada caso particular pueda ser subsumido. Y esta diferenciación no resulta menor, porque de ella se desprende la prohibición de la aplicación extensiva o analógica de las convenciones colectivas de trabajo. (Art. 16 de la L.C.T.).

Es decir, ante un supuesto de ausencia de reglamentación, la norma legal no permite su integración mediante la aplicación extensiva o analógica de una convención a otra. En otras palabras, la laguna convencional no podrá ser integrada analógicamente por lo establecido en otro convenio. Ello así, por su propia naturaleza jurídica, al constituir –como ya se dijo-un acuerdo entre partes, no permite la incorporación de normas que no fueron objeto de lo acordado

por la representación sindical y empresaria, negociadoras del órgano paritario, y con aptitud legal para fijar sus alcances con respecto a un determinado sector de las relaciones de trabajo.

La demandada atribuye a los judicantes haber violado la prohibición de aplicación analógica de convenios colectivos. Sin embargo dicho embate luce huérfano a la luz de lo considerado en la sentencia de Cámara ya que esta no utiliza las descripciones de la tareas referentes a las distintas categorías y sectores contenidas en otros convenios para el correcto encuadre de la Sra. Suárez sino que se atiene al Convenio Colectivo de Trabajo 541/08.

Y ello así, toda vez que no se está en el sub-lite ante la necesidad de integración de normas. Es que a los fines de su adecuada resolución corresponde estar a la totalidad de las constancias de la causa, las cuales dan suficiente respaldo para tener por acreditado que la actora desempeñaba tareas que excedían la categoría de Auxiliar, y se correspondían con las de Auxiliar calificada/especializada de acuerdo al Convenio de aplicación.

En cuanto al planteo de inconstitucionalidad articulado al contestar la demanda, (fs. 95) respecto de los Arts. 52 y 55, incisos a) y b), de la Convención Colectiva de Trabajo 541/08 y de Las Leyes 12.908 y 12.291, en tanto establecen indemnizaciones especiales y diferenciadas de las previstas por los Arts. 232 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, en virtud de considerarlas violatorias de los Arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional, adelanto que no asiste razón a la demandada. Ergo la invalidación que pretende no habrá de prosperar.

En efecto, y tal como expusiese supra, las cláusulas contenidas en las convenciones colectivas de trabajo regulan intereses privados. Por lo tanto, no son normas públicas, así como tampoco tienen en mira el bien común, sino ciertos intereses privados, aunque colectivos. En consecuencia, no constituyendo ley en sentido formal la declaración de su inconstitucionalidad resulta impertinente.

A ello cabe agregar, que las normas que llegan cuestionadas tuvieron origen en un convenio colectivo de trabajo, acordado por la asociación gremial que representa al trabajador, y homologado por el Ministerio de Trabajo, luego del examen de legalidad y oportunidad, todo lo cual otorga a sus cláusulas efectos erga omnes (cfr. Ley 14.250), para cuyo cuestionamiento el ordenamiento jurídico brindó distintos medios, diversos al intentado.

III. Finalmente, con respecto a la tercera cuestión planteada, propongo se imponga la totalidad de las costas de todas las instancias a la demandada vencida (Arts. 68° del Código Procesal, 17 Ley 921 y 12° de la Ley Casatoria). MI VOTO.

El señor Vocal doctor, RICARDO T. KOHON dice: Coincido con los argumentos expuestos por el doctor Oscar E. MASSEI, así como también con las conclusiones a las que arriba en su voto. ASÍ VOTO

De lo que resulta del presente Acuerdo, oído el señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Declarar IMPROCEDENTES los recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley impetrados por la demandada COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. a fs. 200/217 y confirmar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén, obrante a fs. 176/188, con base a los fundamentos aquí expuestos. 2°) IMPONER las costas, de todas las instancias a la demandada vencida (Arts. 68° del Código Procesal, 17 Ley 921 y 12° de la Ley 1.406) 3°) Regular los honorarios de los doctores: ... y ... –en doble carácter por la actora-, ... –apoderado de la parte demandada-, y ... –patrocinante de idéntica parte-, en un 25% de la suma que deba fijarse para retribuir idéntica actuación en la instancia de origen (conf. Art. 10°, 15° y c.c. de la Ley 1.594, con la modificación introducida por la Ley 2.933). 4°) DISPONER la pérdida del depósito cuyas constancias lucen a fs.199 y 227 (Art. 10° de la Ley de rito), dándosele el destino fijado por la Ley de Autarquía Judicial N° 1.971. 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos.

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

Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI

Dra. MARÍA T. GIMENEZ de CAILLET-BOIS – Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"DOMÍNGUEZ OSCAR ALBERTO Y OTRO C/ GANADERA DEL SUD S.A. S/ PRESCRIPCIÓN" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 65/2013) – Acuerdo: 40/15 – Fecha: 14/10/2015

DERECHO REALES: Prescripción adquisitiva.

PRESCRIPCION VEINTEAÑAL. PRUEBA DE LA POSESION. ANOMUS DOMINI. ACTOS POSESORIOS.

1.- Corresponde declarar procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada por la causal prevista en el inc. c), del Art. 15, de la Ley 1.406, casar la sentencia de Cámara y en consecuencia recomponer el litigio mediante el rechazo de la apelación deducida por la parte actora, toda vez que, de conformidad con los fundamentos expuestos y tal como analizó debidamente el sentenciante de grado, la actora no ha logrado acreditar en autos, en los términos exigidos por el Art. 4015 del Código de Vélez, la posesión del bien objeto de la presente acción con ánimo de dueña por el tiempo legalmente exigido.

2.- La Alzada realizó un análisis parcial y fragmentado de la prueba, por el cual arribó a conclusiones que son contrarias a un examen integral del material probatorio arrimado a esta causa a fin de tener por acreditados los extremos exigidos para adquirir el derecho de propiedad por intermedio de la prescripción -20 años continuos, pacíficos e ininterrumpidos de ejercicio de la posesión con ánimo de dueño-. El déficit radica en acoger la pretensión actoral sin encontrarse acreditados los expresos requisitos exigidos por la normativa civil.

3.- La usucapión supone el apoderamiento de la cosa con ánimo de dueño durante un período de tiempo. En tanto que quien ocupa un inmueble puede hacerlo en calidad de mero detentador, dicho ánimo debe ser exteriorizado mediante actos concretos. Recuérdese que no todos los ocupantes y aun los tenedores a título precario estarán en situación jurídica idéntica a la de los verdaderos poseedores (Arts. 2351, 2373, 2384, 4015 del citado ordenamiento). Para poder adquirir el dominio de un inmueble, por intermedio de esa posesión animus domini es necesario acreditar una posesión continua e ininterrumpida durante un lapso no menor de veinte años, sin necesidad de título y buena fe. Por lo tanto, la prueba aportada para acreditar la posesión veinteañal debe reunir condiciones sustanciales de exactitud, claridad y precisión.

Texto completo:

ACUERDO NRO. 40: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los catorce (14) días de octubre de dos mil quince se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctores RICARDO T. KOHON y EVALDO D. MOYA, con la intervención de la secretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia en los autos caratulados:

"DOMÍNGUEZ OSCAR ALBERTO Y OTRO C/ GANADERA DEL SUD S.A. S/ PRESCRIPCIÓN" (Expte. N° 65 - año 2013) del Registro de la mencionada Secretaría de la Actuaria.

ANTECEDENTES:

A fs. 322/326 obra sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones del Fuero con asiento en la ciudad de San Martín de los Andes, que revoca el fallo de Primera Instancia y, en consecuencia, acoge la demanda por usucapion veinteañal interpuesta por OSCAR ALBERTO DOMÍNGUEZ y MARÍA ENRIQUETA FERNÁNDEZ respecto del Lote 3 de la Manzana 35, sección XXXIV, Zona A, del paraje Lago Huechulafquen, del Departamento Huiliches de la Provincia del Neuquén.

Contra este decisorio, la demandada –GANADERA DEL SUD S.A.- deduce recurso por Inaplicabilidad de Ley a fs. 333/345 vta.

A fs. 348/353 vta. la contraria responde la pieza recursiva.

A fs. 358 vta. se notifica del recurso interpuesto al Sr. Fiscal General.

Mediante Resolución Interlocutoria Nro. 155/2014, glosada a fs. 360/361 vta., se declara admisible el remedio impetrado.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley impetrado? 2) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. EVALDO D. MOYA, dice:

I. En primer término realizaré una síntesis de lo acontecido en autos.

1. A fs. 112/115 vta. OSCAR ALBERTO DOMÍNGUEZ y MARÍA ENRIQUETA FERNÁNDEZ promueven demanda por usucapión veinteñal contra GANADERA DEL SUD S.A., en los términos del Art. 4015 del Código de Vélez.

Manifiestan que son poseedores en calidad de cesionarios de los señores Oscar Montero y Renee de Montero, quienes fueron los originales adquirentes del Lote 3 de la Manzana 35 de Lago de Plata, Huechulafquen, Provincia del Neuquén.

Refieren que, mediante boleto de compraventa del 7 de febrero de 1974 el matrimonio Montero adquirió el lote objeto de autos así como también detalles de la operatoria y posesión de sus antecesores. Apuntan que, el 2 de enero de 1984 los originales compradores transfirieron a su favor los derechos que ostentaban sobre el mencionado lote y que GANADERA DEL SUD S.A. INDUSTRIAL y AGROPECUARIA prestó su conformidad a la cesión, previo reajuste del saldo del precio.

Sostienen que pagaron las cuotas acordadas, las facturas vinculadas al mantenimiento de los servicios eléctricos y de agua corriente que se habían implementado en la urbanización, al igual que los gastos correspondientes a expensas comunes e impuestos. Además, que han realizado diversos actos posesorios que enumeran.

Encuadran el caso en una accesión de posesiones, producto de la cual, desde antes de 1977 han ejercido en forma pública, pacífica e ininterrumpida la posesión sobre el mencionado lote, a título de dueños. Por ello, consideran cumplido el plazo legal para tener por adquirida la propiedad de la mencionada parcela, por prescripción adquisitiva en los términos reglados por el artículo 4015 ya citado.

2. Por su parte, la demandada contesta a fs. 139/140. Solicita el rechazo de la demanda, con expresa imposición de costas.

Niega en forma expresa los hechos aducidos por la parte actora. Relata que según surge de la escritura N° 81, pasada ante la Escribana Ana Jordán, del 3 de marzo de 1999, a esa fecha sólo había efectiva posesión de 7 lotes, los que fueron debidamente individualizados en dicha acta de constatación, y entre los que no se encuentra el pretendido por la actora. Afirma que de tal documento surge claramente que GANANDERA DEL SUD. S.A. tenía efectiva posesión de los lotes de su propiedad y que el señor Pedro César Barria es el poseedor de los lotes que no son propiedad de la accionada. Impugna la documental acompañada por los accionantes.

3. A fs. 296/300 vta. obra sentencia de Primera Instancia que rechaza la demanda interpuesta por la parte actora, con costas a su cargo. Al efecto juzga que la prueba producida por los accionantes no alcanza para acreditar los extremos que exige el referido artículo 4015 para usucapir.

Considera que con las declaraciones testimoniales no se prueban los actos posesorios requeridos al efecto, además, que el conocimiento del desmalezamiento, alambrado, contratación de agrimensor, lo saben por comentarios de los propios actores.

Agrega que, el boleto de compraventa de los adquirente originarios no cuenta con fecha cierta en los términos del artículo 1035 del Código de Vélez, y sobre el cual los accionantes pretenden fundar el origen de su posesión. Adiciona que, la cesión del mentado boleto sólo otorga la tenencia precaria del inmueble, acordando las partes que la posesión se entregaría con la escritura traslativa de dominio, lo que nunca ocurrió.

Al mismo tiempo, analiza que el único impuesto acreditado a nombre de la parte actora es el inmobiliario, que fue abonado por los accionantes a partir de 2005. Colige que el hecho de abonar en una sola oportunidad los impuestos atrasados no expresa el animus domini por el tiempo anterior al pago, pues lo que acredita tal extremo es cada uno de los pagos durante todo el tiempo de la posesión.

Idéntico valor probatorio confiere al plano de mensura para prescribir en atención a que éste fue realizado en 2007 y la verificación de límites y amojonamiento a nombre de María Fernández es del 19 de julio de 2006. De allí concluye que su actualidad no es compatible con la antigüedad legalmente requerida.

De igual manera, tiene en cuenta la falta de cancelación total del precio del lote; que no se encuentra acreditado que los actores empezaron a poseer sino que tenían una tenencia precaria que la parte no invocó ni probó haber intervertido. Destaca el acta de constatación acompañada, en copia certificada, por la parte demandada.

Concluye, de acuerdo a lo pactado y probado en esta causa, que los actores nunca tuvieron la posesión real y efectiva del lote; que no se acreditó el abandono de la cosa por su propietario máxime –dice- cuando se trata de un terreno que es parte de un loteo en ejecución, lo que hace presumir lo contrario.

Aunque refiere que si bien puede interpretarse de los actos realizados y que constan en el acta de reconocimiento de fs. 282 que los accionantes tuvieron en algún momento contacto material con el lote en cuestión y la intención de someterlo al ejercicio de la propiedad de acuerdo a lo prescripto en el artículo 2351 del Código antes referido, no es posible a partir de ello determinar el comienzo y tiempo de la posesión.

4. Contra dicho pronunciamiento se alzan los accionantes a fs. 303 y expresan agravios a fs. 311/316. La accionada los contesta a fs. 318/319 vta.

5. A fs. 322/326, la Cámara de Apelaciones del Fuero con sede en la ciudad de San Martín de los Andes revoca el fallo de Primera Instancia y, en consecuencia, acoge la demanda por usucapión veinteañal.

Para así resolver, argumenta que las aseveraciones vertidas en las declaraciones testimoniales rendidas en esta causa dan cuenta de los actos posesorios ejecutados por los actores. Tales: desmalezamiento periódico, cerco de alambre y postes, además de la contratación de un agrimensor que lo delimitó. Considera que dichas aseveraciones han sido corroboradas por el propio magistrado de la instancia de grado al momento de efectuar al reconocimiento judicial obrante a fs. 282.

También considera ratificado por testigos el relato actoral respecto de la fecha y modo por el cual fue adquirido el inmueble.

Juzga que las citadas pruebas testimoniales dan cuenta de la existencia de posesión por parte de los accionantes desde 1984, en tanto no advierte motivo alguno para restar seriedad y veracidad a tales declaraciones. Ello, sin perjuicio –aclara- de la carencia de fecha cierta que –reconoce- tiene el instrumento glosado a fs. 58/59.

A su vez, que de la documental adjuntada por los accionantes surge que la Dirección Provincial de Rentas ha recibido el pago del impuesto inmobiliario efectuado por dicha parte reconociendo su carácter de responsables del pago desde el 1/1/1987, invocando como motivo del alta el boleto de compraventa del inmueble –refiere a los comprobantes de fs. 202/204-

Además, que los actores han acreditado el pago del período 2002/2006 de la tasa ambiental –fs. 96-.

Entiende que el pago de impuestos durante 2005 y 2006 no fue realizado en fecha próxima a la promoción de esta demanda (2008), razón por la cual no puede ser considerado al solo efecto de dar inicio a estos autos.

Consecuentemente, que la asunción de las referidas cargas tributarias, son una prueba más del animus domini de los actores.

Finalmente resta relevancia probatoria para la dilucidación de los presentes al acta de constatación notarial acompañada por la demandada, por falta de participación de la actora en dicho acto. Además de considerar que no surgen de ella precisiones suficientes que autoricen a incluir en el mencionado relevamiento al lote objeto de autos.

6. La accionada obtiene la apertura de la instancia extraordinaria que se transita, por vía de Inaplicabilidad de Ley –Art. 15, inc. c), de la Ley N°1.406-.

En sustento de su impugnación, la recurrente alega que la sentencia en crisis valora en forma absurda la prueba producida en autos.

Concretamente, se queja porque la magistratura sostiene que los testigos Nora Hidalgo, Antonia Fernández y Oscar Alfredo Montero tenían conocimiento de la realización de actos posesorios por parte de los actores. Empero, se soslaya que lo declarado lo saben en virtud de la relación de vecindad y amistad que mantienen con aquellos.

Asimismo, cuestiona la actividad de la Alzada en cuanto a la valoración de la prueba instrumental tendiente a acreditar la cesión de derechos a favor de los actores.

También disiente con el valor probatorio que la Judicatura otorga a los comprobantes de pago del impuesto inmobiliario y la tasa ambiental.

II. Que la cuestión a tratar en los presentes involucra aspectos atinentes a la valoración de la prueba de cara a tener por adquirida la propiedad sobre un inmueble en los términos exigidos por el artículo 4015 del Código de Vélez.

1. Liminarmente cabe señalar que esta etapa revisora resulta habilitada por absurda valoración de la prueba -Art. 15, inc. c), de la Ley Casatoria-.

Esta causal consiste en el error grave y ostensible que se comete en la conceptualización, juicio o raciocinio, al analizar, interpretar o valorar pruebas o hechos susceptibles de llegar a serlo, con tergiversación de las reglas de la sana crítica, en violación de las normas jurídicas procesales aplicables, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico-formal o insostenible en la discriminación axiológica (cfr. Acuerdos Nros. 53/07, "RODRÍGUEZ", 31/11 "CAMINATTA", entre otros, del Registro de la Secretaría a cargo de la Actuaria).

Además, conforme ha sostenido esta Sala Civil, la judicatura debe apreciar la prueba con sujeción a principios que eviten la arbitrariedad. Por esa razón, esa actividad se tiene que realizar de acuerdo a las reglas de la sana crítica y no hay dudas de que valorar según dicho sistema implica que el juez debe llegar a la conclusión, sobre el caso, respetando el material con que cuenta en el expediente, sobre la base de las reglas de la lógica y de acuerdo con las máximas de la experiencia, dejando expresamente reseñado en la sentencia los hitos principales de este razonamiento, para que las partes puedan controlar la manera en que se formó la convicción que sirvió de base al fallo que habrá de afectar sus derechos (cfr. Acuerdo N° 16/11, "B.M.I.", de idéntico Registro).

Al respecto, sostiene HITTERS que hay errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba. Estos últimos implican un defecto en el resultado de la apreciación probatoria y se configura el vicio cuando hay un defecto lógico o cuando existe un déficit de tipo material, es decir, cuando se llega a una conclusión sustancialmente errada por una incorrecta interpretación de las pruebas producidas (HITTERS, Juan Carlos, Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación, 2° Edic., Librería Editora Platense, Buenos Aires 2002, p. 446).

Dentro de este marco de ideas debe llevarse adelante el análisis de la crítica formulada por la parte recurrente, en cuanto sostiene que la Judicatura de Alzada no valoró que los testigos Hidalgo y Montero manifestaron que lo declarado lo saben en razón de la relación de vecindad que tienen hasta la actualidad con el señor Domínguez y su esposa; y que el testigo Fernández lo sabe en razón de su amistad con el señor Domínguez y su esposa, justamente lo contrario a lo manifestado por la Alzada.

Claramente se advierte de los testimonios rendidos, y de que dan cuentan las actas incorporadas, son coincidentes en que saben lo dicho por referencia de los actores y no por su conocimiento personal.

En efecto, repárese que no resultan testigos que por su intervención o por residir en el lugar o presenciar las actividades nos pueden dar cuenta de lo acontecido, sino que lo saben porque ello les fue relatado por los propios accionantes.

De allí concluye la impugnante, en razonamiento que se comparte, que mal pudo considerarse acreditada la realización de actos posesorios con fundamento en las declaraciones testimoniales rendidas en autos.

Los propios sentenciantes comenzaron su examen de los agravios refiriendo que tal como lo dispone el artículo 24 de la Ley 14.159 en su inciso c), en la usucapión larga se admite toda clase de prueba pero que el fallo no puede basarse exclusivamente en la testimonial. Tal lo acontecido en autos.

Así, por un lado, cita que no puede probarse sólo por testigos para luego basar la decisión precisamente en la prueba testimonial que es la única producida que daría cuenta de actos posesorios de vieja data. Ello, en tanto el contrato que daría cuenta de tal extremo no tiene fecha cierta y, en consecuencia no resulta oponible a terceros. Y en punto al pago de impuestos y tasas, si bien debe ser especialmente considerado su pago, a partir de tales erogaciones tampoco es posible determinar el comienzo y tiempo de la posesión durante 20 años. Por lo demás, lo que demuestra el animus posesorio es cada uno de los pagos durante todo el tiempo de la posesión. Es cada uno de esos hechos (cfr. COMPAGNUCCI DE CASO, FERRER, KEMELMAJER DE CARLUCCI, KIPER, LORENZETTI, MEDINA, MÉNDEZ COSTA, MOSSET ITURRASPE, PIEDECASAS, RIVERA, TRIGO REPRESAS, Código Civil de la República Argentina Explicado, Tomo VIII, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, pág. 972 y s.s.).

La quejosa cuestiona que se pretenda corroborar la prueba testimonial rendida en autos –a la que resta valor- con el acta de reconocimiento judicial que –explica- sólo constata el estado actual del lote mas no se acredita con ella la realización por parte de los actores de los pretendidos actos posesorios durante el período exigido legalmente para la prescripción adquisitiva.

También se coincide en este aspecto, pues la mentada acta da cuenta de la existencia del referido alambrado y cerco, mas no de quién lo realizó y cuál es su data. Extremos indispensables que debían acreditarse en el marco de la presente acción.

Al mismo tiempo, se ignora la regla procesal establecida en el artículo 377 del C.P.C. y C. "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer.

Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción"

Esta regla, plenamente vigente y no cuestionada por las partes indica que los hechos controvertidos y relevantes para la dilucidación de los presentes debían ser comprobados. El relato de la actora fue negado categóricamente por la demandada. En consecuencia resultaba imprescindible a su parte acompañar prueba concluyente respecto al comienzo de la posesión con ánimo de dueña y su continuación en forma pacífica e ininterrumpida durante los veinte años que exige la norma en la cual pretende amparar su derecho.

No podemos perder de vista aquí que mediante la presente acción los actores controvierten el derecho de propiedad de la accionada debidamente inscripto en el Registro Público respectivo. De allí, la cautela que debe imperar en el examen del caudal probatorio acompañado.

El examen efectuado con más la certera impugnación formulada por la accionada reflejan que la Alzada realizó un análisis parcial y fragmentado de la prueba, por el cual arribó a conclusiones que son contrarias a un examen integral del material probatorio arrimado a esta causa a fin de tener por acreditados los extremos exigidos para adquirir el derecho de propiedad por intermedio de la prescripción -20 años continuos, pacíficos e ininterrumpidos de ejercicio de la posesión con ánimo de dueño-.

En definitiva lo que comenzó señalando que no se podía, esto es, tener por acreditada la posesión sólo mediante la prueba testimonial, es lo que se concluyó consagrando.

En suma, el déficit radica en acoger la pretensión actoral sin encontrarse acreditados los expresos requisitos exigidos por la normativa civil. Pues, corresponde reiterar que, mediante el presente se pretende desvirtuar el derecho de propiedad que consta en el Registro respectivo.

De conformidad con el examen expuesto, corresponde declarar procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada por la causal prevista en el inc. c), del Art. 15, de la Ley 1.406 y casar la sentencia de

Cámara.

2. De conformidad con lo prescripto por el artículo 17, inc. c) de la Ley 1.406, corresponde recomponer el litigio, dentro del marco de los agravios vertidos por la actora al apelar la decisión de Primera Instancia.

Sobre el punto, debemos referir que el artículo 3947 del Código de Vélez estipula que los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción. A su vez, que la prescripción es un medio de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo.

Ya en forma específica, el artículo 3948 sostiene que la prescripción para adquirir, es un derecho por el cual el poseedor de una cosa inmueble, adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley.

Podemos colegir entonces que la usucapión supone el apoderamiento de la cosa con ánimo de dueño durante un período de tiempo. En tanto que quien ocupa un inmueble puede hacerlo en calidad de mero detentador, dicho ánimo debe ser exteriorizado mediante actos concretos. Recuérdese que no todos los ocupantes y aun los tenedores a título precario estarán en situación jurídica idéntica a la de los verdaderos poseedores (Arts. 2351, 2373, 2384, 4015 del citado ordenamiento).

De allí que, a los fines de usucapir, debe probarse cómo y cuándo se tomó la posesión, que debe ser continua y con ánimo de tener la cosa para sí.

Es de la esencia de la posesión, tener la cosa con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad (artículo 2351 del citado Código).

En los presentes, tal como acertadamente examina el sentenciante de grado, los accionantes invocan la usucapión larga. Es decir, la regida por los Arts. 4015 y 4016, mas no acreditan los extremos exigidos por ellos.

Para poder adquirir el dominio de un inmueble, por intermedio de esa posesión animus domini es necesario acreditar una posesión continua e ininterrumpida durante un lapso no menor de veinte años, sin necesidad de título y buena fe.

En suma, la prueba aportada para acreditar la posesión veinteañal debe reunir condiciones sustanciales de exactitud, claridad y precisión.

El fundamento de la prescripción adquisitiva es consolidar situaciones fácticas, como medio de favorecer la seguridad jurídica, dando certeza a los derechos y poniendo en claro la composición del patrimonio, con lo cual se propende a la paz y al orden social (cfr. MARIANI de VIDAL, Marina, Curso de Derechos Reales, Tomo 3, Zavalía Editor, Buenos Aires, 2000, pág. 288 y s.s.).

Por ello, constituyen requisitos de la prescripción adquisitiva que se encontraba regulada en nuestro ordenamiento civil en el artículo 4015: la posesión continua por 20 años con más el ánimo de tener la cosa para sí (cfr. Acuerdo N° 56/2013, "A.D.O.S." y 57/2013 "VERGARA ROMANQUIZ" del Registro de la Secretaría Civil). Por lo demás, ello no ha sido reformado en el actual ordenamiento Civil y Comercial (cfr. Arts. 1897, 1898, 1899, 1900 y concordantes del Código aprobado mediante Ley N°26.994).

A su vez, para que la posesión sea útil debe ser pública, pacífica y continua.

Y si ella duró así por todo el tiempo de la prescripción sin haberse interrumpido, el usucapiente no tiene ya cosa alguna que probar pues –reiterase- resulta fundamental acreditar la posesión durante todo el tiempo legalmente establecido. Esto es, durante veinte años. Y los actos que la prueban deben interpretarse restrictivamente (AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI-CLAUDIO KIPER-FELIX A. TRIGO REPRESAS, Código Civil Comentado. Privilegios. Prescripción. Aplicación de las leyes civiles, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, pág. 445 y s.s).

Desde la plataforma jurídica señalada se advierte que el error en el juicio formulado por los apelantes parte de considerar acreditada la posesión y su comienzo.

En este proceso no se encuentra acreditada la fecha de inicio de la posesión ni, en consecuencia, que se extendió durante 20 años y que continúe actualmente en forma pacífica e ininterrumpida (Arts. 2351 y 4015 del Código de Vélez).

Y si bien los accionantes han abonado impuestos y tasas que pesaban sobre el inmueble, ello no ha sido durante el plazo que se requiere para prescribir.

En cuanto a la existencia de actos posesorios, la prueba no da cuenta directa de la realización de ellos por los actores. En consecuencia, a la luz del Art. 17°, inc. c), del ritual, corresponde recomponer el litigio mediante el rechazo de la apelación deducida por la parte actora, toda vez que, de conformidad con los fundamentos expuestos y tal como analizó debidamente el sentenciante de grado, la actora no ha logrado acreditar en autos, en los términos exigidos por el Art. 4015 del Código de Vélez, la posesión del bien objeto de la presente acción con ánimo de dueña por el tiempo legalmente exigido. Asimismo, disponer la devolución del depósito efectuado a fs. 332 de conformidad con lo establecido por el Art. 11° L.C.

III. Imponer las costas de Alzada y de esta etapa a la parte actora en su condición de vencida (Arts. 12°, Ley 1.406 y 68 y 279 del C.P.C. y C.). MI VOTO.

El señor vocal doctor RICARDO T. KOHON, dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor EVALDO D. MOYA y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, SE RESUELVE I. Declarar PROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley incoado por la demandada GANADERA DEL SUD S.A. a fs. 333/345vta., por haber incurrido la decisión de Alzada en la causal prevista en el Art. 15°, inciso c) de la Ley 1.406. En consecuencia, CASAR, la sentencia de Cámara obrante a fs. 322/326. II. A la luz del Art. 17°, inc. c), de la Ley 1.406, recomponer el litigio mediante el rechazo de la apelación deducida a fs. 303 y fundada a fs. 311/316, por la parte actora, toda vez que de conformidad con los fundamentos expuestos y tal como analizó debidamente el sentenciante de grado, la actora no ha logrado acreditar en autos, en los términos exigidos por el Art. 4015 del ordenamiento Civil –Ley 340-; y, por ende, CONFIRMAR lo resuelto en Primera Instancia a fs. 296/300 vta. III. Imponer las costas de Alzada y de esta etapa a la actora en su condición de vencida (Arts. 12, Ley 1.406; 68 y 279 del C.P.C. y C.). IV. Regular los honorarios de los letrados intervinientes doctor ... –en el doble carácter por la demandada- y ... –en el doble carácter por la parte actora- ante la Alzada y en la etapa Casatoria en un 30% y un 25%, respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en idéntico carácter en primera instancia (Art. 15° de la Ley Arancelaria). V. Disponer la devolución del depósito efectuado a fs. 332 (Art. 11° L.C.). VI. Regístrese, notifíquese y remítanse las actuaciones a origen.

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

Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. EVALDO D. MOYA

Dra. María T. GIMENEZ de CAILLET-BOIS – Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"VILLAGRAN ENRIQUE OMAR Y OTRO C/ CHANDÍA JOSÉ RICARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 151/2012) – Acuerdo: 45/15 – Fecha: 23/10/2015

DERECHO CIVIL: Accidente de tránsito.

RESPONSABILIDAD CIVIL. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. ART. 1113/CC. CULPA CONCURRENTE. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. EXCLUSION DE LA COBERTURA. FALTA DE LICENCIA DE CONDUCIR.

1.- Corresponde casar el decisorio de la Cámara de Apelaciones, y recomponer el litigio, en función de lo previsto por el Art. 17°, inc. c), de la Ley 1.406, mediante la confirmación, en todas sus partes, del decisorio de Primera Instancia. Ello así, pues, del

análisis de la resolución se advierte que la Alzada no ha realizado una valoración integral del material fáctico reunido en los presentes. Pues no correlacionó el accionar de la víctima, la cercanía de la escuela, la pesada carga que transportaba el camión, con la conducta asumida por chofer del camión, sin que ello implique modificar el relato de hecho comprobado en sede penal. Se omitió considerar que el accionado, en la emergencia, obró en forma negligente.

2.- A fin de examinar la interpretación dada al artículo 1113 del Código de Vélez debe partirse de que allí se establecen distintos casos de responsabilidad objetiva, entre ellas, por riesgo creado: típico supuesto de la circulación de automotores. En el campo de esta responsabilidad objetiva se deja de lado la concepción de culpa, que constituye un elemento ajeno al caso. La ley toma en cuenta el riesgo creado como factor de atribución de responsabilidad y prescinde de toda apreciación de la conducta del dueño o guardián, desde el punto de vista subjetivo. Es en este marco legal en el que responde el propietario del camión. En efecto, se produce una imputación al margen de la culpabilidad, y con base en la creación de un riesgo, nacido de la misma cosa, de su índole de cosa peligrosa, y la liberación de responsabilidad se logra probando la incidencia de factores extraños (MOSSET ITURRASPE, Jorge – PIEDECASAS, Miguel A., Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil. Artículos 1066 a 1136, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 333/334). En autos el trágico accidente fue producto de concausas: cabe atribuir responsabilidad tanto al obrar de la víctima como al accionar del conductor del camión. De tal forma, el evento dañoso estuvo determinado por el accionar de ambos partícipes. Por lo tanto, atento a que el accidente se produjo por la culpa concurrente de los protagonistas, y ante la falta de prueba de la incidencia causal de cada accionar, corresponde confirmar el aporte concausal determinado en la instancia de origen.

3.- La causal de exclusión de cobertura asegurativa por no poseer el demandado carnet habilitante para conducir, proviene de un enfoque técnico: constituye presupuesto esencial del amparo, que el conductor posea idoneidad para el manejo, pues en caso contrario el riesgo se vería agravado y podría resultar inasegurable. La función social que posee el contrato de seguro no constituye argumento suficiente para omitir una cláusula de exclusión de cobertura como lo es la carencia de habilitación para conducir, máxime cuando la exigencia de carnet habilitante configura una obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor (conf. STMisiones, L.L. 1999-F, 794). Resulta revelador la importancia de poseer registro habilitante, su emisión o reválida conlleva un control de la capacidad psicofísica de su portador, que revela dicho instrumento público.

Texto completo:

ACUERDO NRO. 45. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintitrés (23) días de octubre de dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. Vocales doctores OSCAR E. MASSEI y EVALDO D. MOYA con la intervención de la secretaria Civil de Recursos Extraordinarios, doctora MARÍA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia en los autos caratulados: "VILLAGRAN ENRIQUE OMAR Y OTRO C/ CHANDÍA JOSÉ RICARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. Nro 151 - año 2012) del Registro de la Actuaria.

ANTECEDENTES:

A fs. 524/528 la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad –Sala II- revoca la sentencia de Primera Instancia obrante a fs. 411/421 y, en consecuencia, rechaza la demanda interpuesta.

Considera que existió culpa exclusiva de la víctima en el evento dañoso.

Contra dicho resolutorio, los accionantes, a fs. 540/561 vta., interponen recurso de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley -Art. 18° y 15°, incisos c) y d)-, ambos de la Ley 1.406.

Mediante Resolución Interlocutoria N° 63/14 obtienen la apertura de la instancia (fs. 577/578 vta.).

A fs. 583/587 vta. el Sr. Fiscal General propicia que se declaren improcedentes los recursos interpuestos.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que este Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario? En caso negativo, ¿resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido? 2) Y en la hipótesis afirmativa, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: conforme al sorteo realizado, a las cuestiones planteadas, el Dr. OSCAR E. MASSEI dice:

I. En primer lugar, realizaré una breve reseña de lo acontecido en autos.

1) A fs. 9/19 ENRIQUE OMAR VILLAGRÁN e INÉS MÓNICA CAVIERES reclaman, con fundamento en el Art. 1113, 2do. Párrafo, del Código de Vélez, los daños sufridos por la muerte de su hijo DENIS ANDRÉS VILLAGRÁN.

Relatan que el 7 de febrero de 2006, alrededor de las 10:20 horas, su hijo menor conducía una bicicleta –marca Gerardnes Rodado 26, tipo dama- por el Puente Canal Principal (Puente del Cementerio) a la altura de la Ruta Provincial N°70 de la ciudad de Cinco Saltos, Provincia de Río Negro, con dirección hacia el establecimiento educativo, Escuela N° 84, el cual se encuentra a poco metros del lugar. Que en circunstancias de haber traspuesto la intersección con la mencionada Ruta provincial, fue embestido violentamente por un Camión Mercedes Benz, modelo 1114, color rojo, con caja volcadora, dominio SKO-527, propiedad del codemandado José Chandía y conducido por el coaccionado José Ricardo Chandía.

Refieren que el camión transportaba carga completa de material calcáreo con un peso total de 16.000 kgs., conforme surge de fs. 90 de la causa penal que ofrecen como prueba.

Destacan que el vehículo de mayor porte iba en contramano, totalmente cargado, en exceso de velocidad, en un área urbana y frente a un establecimiento educativo, al que concurría su hijo. Señalan la impericia del conductor del camión y que se trataba de un día claro en una zona de baja densidad vehicular.

Explican, que a raíz del violento impacto su hijo muere en forma instantánea, determinándose en la autopsia que la causa de la muerte fue por rotura cardíaca traumática por atropellamiento.

Reclaman indemnización en concepto de daño moral ($90.000); daño a la integridad psicológica de los damnificados ($60.000); daño emergente por tratamiento terapéutico (indeterminado); daño material por pérdida chance ($150.000) y por destrucción total de la bicicleta ($800), o lo que en más o en menos resulte de las probanzas de autos.

2) A fs. 55/75 vta. se presenta LA PERSEVERANCIA SEGUROS S.A. quien solicita el rechazo de la citación por falta de carnet habilitante del conductor del camión. Contesta demanda en forma subsidiaria. Cuestiona por excesivo el perjuicio reclamado por los actores. Plantea límite de cobertura hasta la suma de $100.000 por persona; $50.000 por daños materiales. Formula reserva por honorarios de los profesionales que asisten al demandado-asegurado.

3) A fs. 77/81 vta., contestan los accionados quienes esgrimen como eximente de su responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima.

Explican que JOSÉ RICARDO CHANDÍA venía por la ruta de San Cayetano del Mirador, por la Ruta Provincial N° 70, que traía calcáreo de Indupa con 6 metros cúbicos y que venían delante de él dos camiones que siguieron por el asfalto e ingresaron a Cinco Saltos. Que al llegar a la curva del puente de la referida ciudad, el conductor Chandía siguió derecho por donde va el tránsito pesado, a una velocidad entre 20/30km/h porque iba en bajada, frenando y con carga. Que antes de llegar a la curva vio a Denis en una bicicleta, quien se dirigía como hacia la escuela por el asfalto. Pero, cuando el niño vio al camión quiso volver hacia atrás, se paró en uno de los pedales, y al retomar la marcha se interpuso en el trayecto que traía el vehículo, y embistió donde termina el guardabarros delantero derecho del camión. Menciona que intentó esquivarlo, girando hacia la izquierda, que se llevó por delante los carteles y frenó recién en el asfalto cuando toma el camino de piedras, y que se detuvo a unos pocos metros.

Sostienen que los hechos sucedieron en la forma en que fueron comprobados en sede penal.

Afirman que la conducta de la víctima ha tenido aptitud suficiente para romper el nexo causal en los términos del Art. 1113 del Código de Vélez. Impugnan los montos y la procedencia de los rubros indemnizatorios reclamados.

4) A fs. 83/85vta. la parte actora rechaza la exclusión de cobertura opuesta por la citada en garantía.

5) Producida la prueba ofrecida por las partes, se ponen los autos para alegar.

Finalmente se llama autos para sentencia.

6) A fs. 411/421 la Jueza de Primera Instancia acoge parcialmente la demanda interpuesta.

Destaca que en el expediente penal ha recaído sentencia absolutoria del imputado José Ricardo Chandía. Considera que dicha decisión no produce efecto de cosa juzgada en el proceso civil con respecto a la culpa del imputado, la que puede discutirse. Circunscribe los alcances de la sentencia penal a los casos de absolución por inexistencia del hecho o su falta de autoría. Concluye que puede no tipificarse un delito penal pero sí existir culpa, imprudencia o negligencia que obliguen al accionado a resarcir los daños causados. Al mismo tiempo, reconoce que la sentencia penal delimita el marco fáctico en que sucedió el lamentable accidente.

Explica que el proceder de la víctima –en el que se funda la absolución dictada en sede penal- no fue la única causa eficiente del accidente en que perdió la vida el hijo de los actores. Entiende que si bien la conducta observada por el adolescente contribuyó en gran medida en la producción del siniestro, ella no excluye la responsabilidad del demandado, a la luz de lo dispuesto por el Art. 1113 del Código de Vélez. Al efecto, tiene en cuenta el deber de tener el pleno dominio del rodado. Considera que la velocidad impresa al vehículo contribuyó a la producción del siniestro, ya que quedó comprobado que se vio impedido de frenar antes del impacto o realizar una maniobra de esquive que hubiera permitido evitar el suceso o, al menos, menguar sus consecuencias.

Juzga que el hecho de la víctima importó un factor objetivo que concurrió en un 60% a la producción del evento. Asigna el restante 40% de la responsabilidad al conductor del camión y al propietario del rodado. Fija en concepto de daño moral $60.000 para ambos demandantes, por partes iguales, atendiendo al porcentaje de responsabilidad atribuido a los demandados; para tratamiento terapéutico $1.920 para la madre y $1.440 para el padre; en concepto de pérdida de chance $40.000 para ambos progenitores –también atendiendo el porcentaje de responsabilidad atribuido a los accionados- y por daño a la bicicleta reconoce $200.

En definitiva, la demanda prospera por la suma total de PESOS CIENTO TRES MIL QUINIENTOS SESENTA ($103.560), con más intereses a la tasa promedio del Banco de la Provincia del Neuquén.

Respecto de la defensa de exclusión de cobertura opuesta por la citada en garantía, juzga que quien conduce sin registro habilitante para el tipo de vehículo de que se trata, se coloca en la hipótesis de exclusión del riesgo que prevé el contrato de seguro. Entiende que dicha cláusula no sólo tiene en vista el interés particular de los contratantes, sino que importa un resguardo para los terceros. De allí, que manejar un vehículo sin tener licencia implica negligencia por parte del asegurado cuyos efectos jurídicos pueden incidir en el asegurador. Por ello, comprobada la falta de carnet habilitante, admite la defensa opuesta por la aseguradora.

Impone las costas en igual proporción que la responsabilidad con excepción de las generadas por la citación a la aseguradora que impone a los demandados, con fundamento en que los actores pudieron, válidamente, creerse con derecho a demandar tal intervención.

7) A fs. 422 apela la parte actora quien expresa agravios a fs. 456/460 vta., respondidos por la citada en garantía a fs. 473/474. Mientras que a fs. 427 hacen lo propio los accionados, fundando su impugnación a fs. 461/466, la que es contestada por la parte actora a fs. 471/472.

8) A fs. 524/528 se expide la Alzada, revoca lo resuelto en la instancia de origen y rechaza la demanda con costas a la parte actora, pues considera que existió culpa exclusiva de la víctima en el evento dañoso.

Expone que las circunstancias en que ocurrió el hecho, determinadas en la esfera penal, hacen cosa juzgada en materia civil, de conformidad con lo previsto por el artículo 1102 del Código de Vélez. Dice que no advierte culpa alguna en la conducta del demandado.

Tiene en cuenta que en la sentencia penal se determinó la maniobra imprevista del ciclista "pero no por circular a contramano" (sic. Fs. 526). Explica que tal maniobra, una vez advertida la presencia del camión, esto es, girar en U y –asegura- como consecuencia de lo cual pierde estabilidad y se mete bajo el camión, no dejó posibilidad para que el conductor del rodado mayor pudiera evitar el accidente.

Luego, considera que no hubo contacto entre el camión y el ciclista sino que fue este último quien se metió bajo el camión. Además, que el juez penal agregó que el ciclista circulaba por lugar no permitido, colocándose en una situación de riesgo y en violación de la reglas de la circulación. Hechos estos –dice- que no pueden ser controvertidos en sede civil.

Concluye que tanto la velocidad del camión como el dudoso estado de sus frenos, resultan irrelevantes o no causales en relación al hecho que se investiga, toda vez –refiere- que el accidente se produce por la maniobra imprevista del ciclista.

Por último, expone que si bien es cierto que todo conductor debe mantener el dominio de su vehículo, ello no puede llevarse al extremo que deba prever toda posible contingencia del tránsito.

Confirma la exclusión de cobertura dispuesta en origen, con costas a la actora.

9) Disconforme con este pronunciamiento, a fs. 540/561 vta. la parte actora deduce recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley.

Funda el recurso por Inaplicabilidad de Ley, a través de la causal contenida en el inciso c) del Art. 15º del Ritual casatorio, alegando que el vicio de absurdo resulta de los errores detectados en la construcción del fundamento fáctico de la sentencia, a partir de la preterición de pruebas esenciales en infracción al artículo 386 del C.P.C. y C.

A continuación, los quejosos analizan las pruebas que –a su entender- han sido soslayadas y establecen las consecuencias que ello acarreó en el pronunciamiento dictado.

En orden a la causal contenida en el inciso d) del artículo 15º de la Ley casatoria, los recurrentes refieren que en el decisorio en crisis la Cámara de Apelaciones ha omitido su propia doctrina sentada en diversos precedentes, que citan.

Acerca del recurso de Nulidad Extraordinario, plantean la falta de sustento suficiente en las constancias de la causa y enumeran nuevamente las pruebas referidas al desarrollar la causal de absurdo probatorio.

Particularmente, afirman que el decisorio cuestionado no solo omite mencionar tales medios probatorios sino que no los valora adecuadamente, lo cual conlleva la falta de motivación prescripta por el artículo 238, 2º párrafo, de la Constitución provincial.

Manifiestan hacer reserva del caso federal.

10) Corrido el pertinente traslado, a fs. 565/568 contesta el codemandado José CHANDÍA y a fs. 569/572 vta. hace lo propio la citada en garantía LA PERSEVERANCIA SEGUROS S.A.

11) A fs. 577/578 vta. se declaran admisibles los recursos interpuestos.

12) A fs. 583/587 vta., dictamina el señor Fiscal General quien considera que todos los elementos probatorios fueron meritados por el Juez con competencia en lo penal al fundamentar su fallo absolutorio, y que a dichas pruebas no

puede darse otro sentido o alcance en sede civil. Propicia que se declare improcedentes los remedios casatorios interpuestos por los accionantes.

II. 1. Ingresando en el examen del recurso de Nulidad Extraordinario, y a poco de ahondar en la queja vertida, se evidencia que la impugnación formulada se encuentra en estrecha vinculación con las argumentaciones esgrimidas al sustentar el carril de Inaplicabilidad de Ley. Luego, advirtiendo que los agravios expuestos pueden hallar adecuado tratamiento y respuesta jurisdiccional a través del último recurso nombrado, en virtud de lo prescripto por el Art. 19 de la Ley N° 1.406, corresponde, a mi juicio, desestimar el remedio de Nulidad Extraordinario (cfr. Acuerdos Nros. 7/14; 15/15, del Registro de la Actuaria).

2. Sentado lo expuesto, abierta la vía casatoria a través del carril por Inaplicabilidad de Ley, en virtud de las causales previstas en los incisos c) y

d) del Art. 15° de la Ley 1.406, se comenzará por el tratamiento de la denunciada arbitrariedad, por cuanto a través de ella se controvierte la base fáctica de la causa.

Conforme doctrina de este Cuerpo, la causal prevista por la vía aquí elegida, debe ser entendida en torno a la figura del absurdo en la valoración de los hechos y pruebas.

Dicha causal refiere a un vicio que se configura cuando la judicatura de grado al sentenciar incurre en una operación intelectual que la lleva a premisas o conclusiones que transgreden las leyes de la lógica o del raciocinio (cfr. Acuerdo N° 7/2013 -"ROMERO" del Registro de la Actuaria) o por una desinterpretación de las pruebas (cfr. Acuerdo N° 12/2012 "ÁLVAREZ CLARAMUNT", del Registro citado).

Este Alto Cuerpo lo ha caracterizado como:

[…] el error grave y ostensible que se comete en la conceptualización, juicio o raciocinio, al analizar, interpretar o valorar pruebas o hechos susceptibles de llegar a serlo con tergiversación de las reglas de la sana crítica en violación de las normas jurídicas procesales aplicables, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico formal o insostenible en la discriminación axiológica" (Cfr. T.S.J.N., Acuerdo N° 19/98 "CEA", del mismo Registro).

La recurrente cuestiona la labor desplegada por la Cámara sentenciante en orden a la ponderación de pruebas que se califican de esenciales, tales: acta policial; croquis del accidente; fotografías; conclusiones de la autopsia realizada en sede penal; testimonio; acta de inspección; reconocimiento del propio codemandado.

Sobre la apreciación del material probatorio, el Art. 386 del Ritual Civil coloca un cerco a la actividad jurisdiccional constituido por las reglas de la sana crítica (cfr. Acuerdos Nros.14/02 "MOSQUEIRA" y 6/15 "FUENTES PACHECO" del Registro de la Secretaría Civil).

Como bien lo señala Roland ARAZI, ninguna ley indica cuáles son estas reglas.

Ellas conforman un sistema que concede a la magistratura la facultad de apreciar libremente la prueba, pero respetando las leyes de la lógica y las máximas de la experiencia (cfr. aut. cit., La Prueba en el proceso civil, Edit. La Rocca, Bs. As. 1991, pág. 102 y sgts.).

Sabemos que la sana crítica es la consecuencia de un razonamiento en el cual se conectan coherentemente los hechos y las pruebas aportadas para llegar al derecho aplicable (cfr. José V. ACOSTA, Visión Jurisprudencial de la Prueba Civil, Ed. Rubinzal-Culzoni, T.I, pág. 317, Santa Fe, 1996).

De allí que, la apreciación absurda de la prueba se configura –entre otras- cuando, precisamente, se violan estas reglas.

Ahora bien, de la lectura de la decisión cuestionada, se advierte que la Alzada no ha realizado una valoración integral del material fáctico reunido en los presentes. Pues no correlacionó el accionar de la víctima, la cercanía de la escuela, la pesada carga que transportaba el camión, con la conducta asumida por chofer del camión, sin que ello implique modificar el relato de hecho comprobado en sede penal.

De tal forma, se omitió considerar que el accionado, en la emergencia, obró en forma negligente, al virar el rodado en el mismo sentido que la trayectoria del niño –el mismo accionado reconoce que iba como hacia la escuela-,

malogrando de tal suerte la intención de esquivarlo y al propio tiempo, perdiendo el pleno dominio de su vehículo. Y ello, a pesar de que la hora en que se produjo el evento dañoso no impedía ver con claridad.

Resulta de suma relevancia el que se trate de una zona cercana a un establecimiento educativo, al que concurría, entre otros niños, la víctima.

De allí, el rigor con que debe apreciarse el accionar del codemandado quien no pudo siquiera menguar las consecuencias del impacto.

En el caso, el haber desinterpretado la prueba que da cuenta de las circunstancias antes expuestas condujo a relevar totalmente de responsabilidad al coaccionado.

En los presentes, el dictamen técnico da cuenta: "[…] si el camión hubiera circulado por la mano que corresponde hubiera evitado el accidente, si como explica en su declaración intentó evitar el impacto girando hacia el lado izquierdo, porque frenó recién encima del ciclista, cuando ya era inevitable el impacto, máxime teniendo en cuenta la carga que llevaba, tengamos en cuenta que como vemos en las fotografías no hay obstáculos a la visibilidad […]" - "[…]De acuerdo con mi análisis no existió tal maniobra intempestiva y en todo caso de ser así y suponiendo que el camión hubiera circulado a la velocidad reglamentaria podría haberse evitado el accidente […]" (fs. 328/335 y 352/353).

Respecto de la mecánica del suceso, el perito en sede penal se inclina por una presunta imposibilidad de detener adecuadamente la unidad por parte del chofer dada su escasa capacidad de maniobra por su volumen (fs. 129/131 del expediente penal).

Por su parte, el relato de hecho comprobado en sede penal da cuenta que Chandía divisó a la víctima que iba como para la escuela, que volanteó hacía su izquierda para esquivarlo y que al salir del asfalto, ya en el ripio, no pudo frenar. Que el adolescente impactó donde termina el guardabarros delantero derecho. Además, que el coaccionado no tenía carnet de conducir habilitante para camiones (fs. 349/355 del expediente penal ofrecido como prueba).

El Juez penal concluye que la maniobra del menor ciclista por lo intempestiva e inesperada determinó el inicio de la secuencia que culminó con el fatal suceso.

Que el adolescente cayó debajo del camión sobre su línea de trayectoria. En suma, que dada la contingencia del inesperado obrar de la víctima no cabe asignarle culpa al imputado, motivo por el cual lo absuelve (cfr. sentencia dictada en sede penal).

Considerar la negligencia del conductor en la emergencia no implica violación alguna respecto de la ausencia de culpa penal en el marco del delito de homicidio culposo en ocasión del tránsito, determinada por el Juez de Fuero.

Tal como se adelantó, el Ad-quem ha realizado una valoración del material probatorio y expuesto argumentos que no se compadecen con una evaluación integral de la prueba producida en ambas causas.

Este singular contexto, da sustento a la queja de la parte actora por la causal prevista en el inciso c) del Art. 15° de la Ley 1.406. Por lo que propicio se case el decisorio cuestionado, deviniendo con este resultado abstracto el análisis de la restante causal alegada.

3. De conformidad con lo prescripto por el Art. 17°, inc. c), de la Ley 1.406, corresponde recomponer el litigio, sobre la base de los agravios expresados ante la Alzada.

Ambas partes cuestionan el decisorio de Primera Instancia por la interpretación dada al artículo 1103 del Código de Vélez en punto a la absolución dictada en sede penal.

Los accionantes además se agravian: 1. Por la admisión de la exclusión de cobertura planteada por la Aseguradora; 2. Denuncian violación al artículo 1113, segundo párrafo, por disminuir la responsabilidad de los demandados considerando que el nexo causal se interrumpió parcialmente por culpa exclusiva de la víctima; 3. Alegan violación al principio de congruencia pues consideran que no tiene sustento en las probanzas producidas en los presentes y en el expediente penal la responsabilidad atribuida al adolescente Villagrán; 4.

Finalmente, se agravian por la imposición de costas a su parte.

3.1. Reseñados, sucintamente, los agravios de ambas partes, cabe ingresar al examen de la incidencia de la sentencia penal en el fuero civil. Esto es, la llamada prejudicialidad penal.

En los autos caratulados: "BISSO, ARMANDO ROBERTO C/ ALTENDORF, LAURA LILIANA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Acuerdo N° 56/93, del Registro de la Actuaria), entre otros, a cuyos fundamentos en extenso me remito en honor a la brevedad, este Tribunal, en anterior composición, por mayoría, sostuvo:

"[…] el art. 1103 del Código Civil se refiere únicamente a la imposibilidad de discutir la inexistencia del hecho principal en sede civil, silenciando absoluta y deliberadamente el elemento subjetivo de la culpabilidad […] sólo impedirá toda discusión en sede civil sobre la obligación resarcitoria, aquella sentencia penal absolutoria que se funde en que el hecho […] no existió; pero de ninguna manera aquella otra –que- reconociendo la realidad histórica del mismo, haya basado la solución absolutoria en la ausencia de los requisitos necesarios para atribuir las consecuencias penales al autor del hecho" (sic).

El artículo referido nada expresa respecto del factor culpabilidad. Por ello, no hace cosa juzgada y bien puede el juez civil pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de ella, y, en su caso, hacer lugar a la reparación por daños y perjuicios reclamada.

Ello no produce escándalo jurídico, toda vez que el juez penal puede absolver por no configurarse delito penal y el juez civil acoger la demanda porque el hecho constituye un cuasidelito o delito civil o, aunque no lo sea, ha dado origen a una obligación de indemnizar -casos de imputación objetiva del daño-, tal como acontece en autos.

La postura reseñada ha sido mantenida por la mayoría de este Cuerpo, en los autos "ROGERO, ROSA ETHEL C/ CÍA. DE PERFORACIONES RÍO COLORADO S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Ac. 03/98), en "CEA NIVALDO DEL TRÁNSITO C/ ABURTO CARLOS GUILLERMO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Ac. 19/98), "NIEVAS, PLÁCIDO C/ GIAMBELLUCA, CLAUDIO MARCELO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Ac. 21/01), "PÉREZ EDUARDO HÉCTOR CONTRA ÁLVAREZ JUAN VICENTE Y OTROS SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS" (Ac. 50/06), todos del Registro de la Secretaría Civil.

La postulación de los accionados lleva a sostener una teoría de la unicidad de la culpa larga y ampliamente superada tanto en doctrina como en jurisprudencia.

De conformidad con lo expuesto, la decisión de Primera Instancia es ajustada a derecho por lo que corresponde desestimar tal agravio.

3.2. Seguidamente, a fin de examinar la interpretación dada al artículo 1113 del Código de Vélez debe partirse de que allí se establecen distintos casos de responsabilidad objetiva, entre ellas, por riesgo creado: típico supuesto de la circulación de automotores.

En el caso, la cuestión central es determinar si en el evento dañoso el conductor del camión obró con la prudencia y pericia adecuadas, conforme las circunstancias de tiempo, lugar y modo. Asimismo, corresponde examinar la conducta asumida por la víctima, en atención a la causal de exoneración invocada.

En los supuestos de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, la parte actora es la encargada de probar el hecho y su relación de causalidad con el daño, mientras que el demandado a los fines de eximirse de responsabilidad, debe demostrar la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no debe responder (C.S.J.N. Fallos: 321:3519).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que la culpa de la víctima con aptitud para cortar -totalmente- el nexo de causalidad entre el hecho y el detrimento, a que alude dicha norma, debe aparecer como la única causa del perjuicio, aparte de revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- (FALLOS: 332:2633).

En el campo de esta responsabilidad objetiva se deja de lado la concepción de culpa, que constituye un elemento ajeno al caso. La ley toma en cuenta el riesgo creado como factor de atribución de responsabilidad y prescinde de toda apreciación de la conducta del dueño o guardián, desde el punto de vista subjetivo. Es en este marco legal en el que responde el propietario del camión.

En efecto, se produce una imputación al margen de la culpabilidad, y con base en la creación de un riesgo, nacido de la misma cosa, de su índole de cosa peligrosa, y la liberación de responsabilidad se logra probando la incidencia de factores extraños (MOSSET ITURRASPE, Jorge – PIEDECASAS, Miguel A., Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil. Artículos 1066 a 1136, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 333/334).

En el orden procesal, la presunción de responsabilidad contenida en la norma bajo examen invierte la carga de la prueba. Por ello, se exige a quien invoca la concurrencia de alguna de las causales de exoneración de la responsabilidad, la acreditación eficaz y concluyente de la existencia de los supuestos que tal disposición legal prevé como eximentes. Pues de otro modo, quedará firme la liminar y objetiva responsabilidad impuesta por ella.

De la prueba reseñada al momento de examinar el motivo casatorio planteado, se advierten elementos que permiten reconocer en la conducta de la víctima un porcentaje de incidencia concausal adecuada determinante en la producción del accidente de tránsito pero no la totalidad de la responsabilidad en el evento dañoso. Tal la maniobra en la forma determinada por el sentenciante penal. Sin embargo, es claro que su conducta interrumpió sólo parcialmente el nexo causal.

Pues cabe advertir que la maniobra del infortunado adolescente obró como factor coadyuvante, que estrechó el campo de previsibilidad para el conductor demandado. Pero esa limitación no importó eximente absoluto, porque –como se apuntó- el accionado percibió la presencia de Denis y debió representarse la posibilidad de que intentase el cruce de la ruta hacia el establecimiento educativo, y, en consecuencia, adoptar las medidas de precaución adecuadas para conjurar esa previsible contingencia (disminución de velocidad, detención, apartamiento hacia el lado contrario del trayecto del conductor del birodado, esto es hacia la banquina de su carril de circulación, etc.) a fin de extremar la prudencia como para evitar o disminuir el daño.

La responsabilidad se sustenta en razones sociales de solidaridad, quien utiliza una cosa generadora de daño a otros, si ésta escapa de su control, debe responder por ello. La prueba exonerante de la responsabilidad debe ser nítida.

De tal suerte, no se trata de analizar la mayor o menor culpa del demandado sino de juzgar, a través de los hechos demostrados en el juicio, si se dio aquella causalidad atenuante o eximente.

Conforme lo expuesto, en la emergencia el codemandado José Ricardo Chandía no prestó la suficiente atención a la tarea de conducir, lo cual infringe la norma de cuidado impuesta por la normativa de tránsito, que impone a todo automovilista el deber de circular con cuidado y prevención, conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito. Por lo cual, resulta inadmisible la exoneración total de responsabilidad al conductor del camión.

Este trágico accidente fue producto de concausas: cabe atribuir responsabilidad tanto al obrar de la víctima como al accionar del conductor del camión. De tal forma, el evento dañoso estuvo determinado por el accionar de ambos partícipes.

Entonces, atento que el accidente se produjo por la culpa concurrente de los protagonistas, y ante la falta de prueba de la incidencia causal de cada accionar, corresponde confirmar el aporte concausal determinado en la instancia de origen.

3.3. Resta examinar el agravio relativo a la exclusión de cobertura por falta de carnet habilitante para conducir camiones, planteada por la Aseguradora.

Es preciso dejar sentado que no se encuentra controvertido que el día del accidente el conductor del camión carecía de licencia para conducir. Además, que la póliza prevé expresamente que la falta de licencia es un supuesto de exclusión de cobertura.

Al respecto, cabe señalar que mediante Acuerdo N° 14/2003 "PETIT ITURRA" del Registro de la Secretaría Civil, este Tribunal Superior de Justicia, abordó el tema bajo examen en el sentido resuelto en los presentes por la señora Jueza.

La temática planteada constituye un aspecto sumamente importante de la problemática asegurativa: las situaciones excluidas de la cobertura.

El supuesto de referencia es uniformemente excluido del amparo de las pólizas argentinas de seguro de automotores (cfr. Halperin, Morandi, Seguros, T. II, pág. 552/554 y Meilij, Manual de Seguros, pág. 140, citados en Acuerdo N° 14/2003, ya citado).

La expresión "en la medida del seguro", contenida en el Art. 118, 3° párrafo de la Ley 17.418, significa que el seguro se encuentra limitado no sólo por un tope monetario sino también por las diversas limitaciones o exclusiones de responsabilidad que se estipulen en el contrato.

Sabido es que el punto central del seguro lo constituye el riesgo, evento alrededor del cual giran todos los aspectos de la relación asegurada, toda vez que la responsabilidad del asegurador depende de la realización del siniestro que ampara.

Éste ha sido caracterizado como la contingencia o probabilidad de provocar el acaecimiento de un daño a tercero y su fundamento radica en la incorporación al medio social de un elemento dotado de peligrosidad. Por ello, el riesgo debe ser cuidadosamente individualizado y precisado (cfr. Acuerdo N° 25/01, del citado Registro).

De esta manera, puede decirse siguiendo a Nicolás H. Barbato, que al establecer el contenido del contrato de seguro, se efectúa la mención del riesgo genérico a cubrir y luego se señalan diversas hipótesis que van acotando el ámbito dentro del cual regirá la cobertura otorgada. Tal determinación resulta de un procedimiento que permite distinguir dos fases: a) La individualización del riesgo consistente en la indicación de la naturaleza del hecho de cuyas consecuencias se busca amparo (por ejemplo: daño a terceros, etc.); y b) La determinación del riesgo, que resulta de la fijación de límites concretos a ese riesgo genérico.

Cuando dicha delimitación es de naturaleza convencional –que es la que tiene lugar en la mayoría de los casos-, se traduce en cláusulas denominadas "de exclusión de cobertura" o "de no –seguro". Estas cláusulas señalan hipótesis que, o bien resultan inasegurables, o bien son intensamente agravantes del riesgo y, por ello, son colocadas fuera de la cobertura (aut. cit.,

"Exclusiones a la cobertura en el contrato de seguro", E.D. 136-547).

Las cláusulas de exclusión de cobertura aparecen con un marcado carácter de objetividad, acentuado por la circunstancia de tratarse de cláusulas cuyo diseño y contenido están íntimamente vinculados a la técnica aseguradora.

Cuando mencionan conductas no lo hacen desde una óptica que atienda a la interioridad del sujeto que las ejecuta, sino más bien como una descripción de hechos externos –actos vistos "desde afuera"- considerados en función de la técnica del seguro (esencialmente lo relativo a la probabilidad siniestral) (cfr. Nicolás H. BARBATO, ob. cit.).

La verificación de la legitimidad de la exclusión torna necesario analizar la finalidad a la que responde, para establecer si resulta razonable y acorde a la ley y si no contraría principios esenciales o normas inderogables.

En el caso, tal finalidad estriba en la existencia de idoneidad para la conducción del rodado, ya que ésta resulta de vital importancia a los fines de la probabilidad siniestral. Es evidente que una persona que no sepa conducir debidamente aumentará en forma notable la probabilidad de ocurrencia del siniestro. Resulta también claro que el análisis técnico y estadístico que está en la base de la configuración de la cobertura toma en cuenta situaciones en las que el riesgo está constituido por los sucesos típicos de la rama, pero no los derivados de la falta de idoneidad en la conducción. Esa idoneidad es requerida con carácter de exigencia básica, configurando un verdadero presupuesto técnico. A su vez, en la estructuración de ese presupuesto se adopta una forma específica. En lugar de enunciar como condición del amparo la acreditación concreta, en cada caso, de la idoneidad para el manejo, lo que llevaría a un engorroso examen que podría derivar en dificultades prácticas frecuentes y en eventuales arbitrariedades en la evaluación de algunos casos, se optó por aprovechar el procedimiento que realiza la autoridad para habilitar a los conductores para el manejo, y se convirtió a dicha habilitación en una circunstancia objetiva, cuya existencia se plantea en la póliza como condición de cobertura (conf. Barbato, ob. cit.).

En definitiva, esta causal de exclusión de cobertura proviene de un enfoque técnico: constituye presupuesto esencial del amparo, que el conductor posea idoneidad para el manejo, pues en caso contrario el riesgo se vería agravado y podría resultar inasegurable, o habría que cobrar una prima muy superior, proporcionada a esa agravación.

La función social que posee el contrato de seguro no constituye argumento suficiente para omitir una cláusula de exclusión de cobertura como lo es la carencia de habilitación para conducir, máxime cuando la exigencia de carnet habilitante configura una obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor (conf. STMisiones, L.L. 1999-F, 794).

Resulta revelador de la importancia de poseer registro habilitante, que su emisión o reválida conlleva un control de la capacidad psicofísica de su portador, que revela dicho instrumento público.

Conforme el desarrollo que precede, se concluye que el análisis efectuado por la Jueza de Primera Instancia en torno a la exclusión de garantía de la Aseguradora, resulta ajustado a derecho, por lo que también se rechaza el presente agravio.

3.4. Por último, con respecto al cuestionamiento de la parte actora, relativo a las costas, es doctrina de este Alto Cuerpo que mediando concurrencia de culpas entre la parte actora y demandada, la distribución de las costas siga el mismo criterio (cfr. Acuerdos Nros. 19/98, 20/03, 50/06, 48/13 del Registro de la Secretaría Civil).

Pues lo propio es que las costas sigan la suerte de los vencimientos recíprocos. De modo tal que cada parte asuma las consecuencias en la proporción en que perdió el juicio. Esto es, en la parte que fue vencida por su contraria.

Sabido es que en un litigio en el que se reclama la reparación de daños, la cuestión litigiosa es la responsabilidad civil con sus cuatro presupuestos.

Así, para que prospere la demanda se deben acreditar todos los extremos y la parte demandada fincará sus defensas en la ausencia de todos o algunos de dichos presupuestos.

En los casos de culpa concurrente en accidente de tránsito el resultado es parcialmente favorable a ambos litigantes. Por ello, las costas deben ser distribuidas en proporción al éxito obtenido por cada una. Estamos en el supuesto previsto en el artículo 71 del C.P.C. y C., del vencimiento parcial y mutuo.

Ergo, atento el modo en que se resuelve el presente, resulta ajustado que ellas se impongan en igual proporción que la fijada para la distribución de responsabilidad.

Por ello, corresponde confirmar la decisión de origen, también en dicho tópico.

3.5. Por consiguiente, en función de los argumentos brindados, y solución que se propicia, corresponde rechazar sendos recurso de apelación, y confirmar el pronunciamiento de Primera Instancia, en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.

III. Con relación a la tercera cuestión planteada, atento el modo en que se resuelve, se imponen las costas de Alzada y de esta Instancia a la demandada perdidosa (Art. 68 del C.P.C. y C. y 12º de la Ley 1.406).

Sobre la base de las consideraciones vertidas, propongo al Acuerdo: 1) Declarar procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la parte actora a fs. 540/561 vta., CASANDO en consecuencia, el decisorio de la Cámara de Apelaciones que luce a fs. 524/528, y recomponer el litigio, en función de lo previsto por el Art. 17°, inc. c), de la Ley 1.406, mediante la confirmación, en todas sus partes, del decisorio de Primera Instancia obrante a fs. 411/421.

2) Imponer las costas de Alzada y de esta etapa a la demanda en su condición de vencida (Arts. 68 del C.P.C.y C. y 12 L.C.). VOTO POR LA AFIRMATIVA.

El señor vocal doctor EVALDO D. MOYA, dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor OSCAR E. MASSEI y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. VOTO POR LA AFIRMATIVA.

De lo que surge del presente Acuerdo oído el Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinario interpuesto por la actora, de conformidad con los fundamentos expresados en el considerando respectivo. 2°) DECLARAR PROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la parte actora a fs. 540/561 vta., en virtud de la causal invocada y sobre la base de los fundamentos vertidos en los considerandos del presente, CASANDO, en consecuencia, el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad –Sala II-, obrante a fs. 524/528. 3°) De conformidad con lo dispuesto por el Art. 17°, inc. c), de la Ley de Rito, RECOMPONER el litigio mediante el rechazo de los recursos de apelación impetrados por ambas partes, confirmando, por añadidura, la sentencia de fs. 411/421. 4°) IMPONER las costas de Alzada y de esta etapa a la demandada en su condición de vencida (Arts. 68 del C.P.C.y C. y 12 L.C.). 5°) REGULAR los honorarios de los profesionales intervinientes doctoras y doctores –..., ... y ..., ..., ..., ..., ..., ...- por sus intervenciones ante la Alzada y en la etapa Casatoria en un 30% y un 25%, respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en idéntico carácter en primera instancia y según su intervención en una y/u otra instancia (Art. 15° de la Ley Arancelaria). 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos a origen.

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

Dr. EVALDO D. MOYA - Dr. OSCAR E. MASSEI
Dra. MARIA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS - Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"MONTE LUIS ALBERTO C/ MAPFRE CÍA DE SEGUROS S.A. S /COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 45/2012) – Acuerdo: 47/15 – Fecha: 09/11/2015

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Contrato de seguro.

SEGURO COLECTIVO. SEGURO COLECTIVO DE VIDA OBLIGATORIO Y ADICIONAL. NATURALEZA JURÍDICA. INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE. DENUNCIA DEL SINIESTRO. CONOCIMIENTO POR LA EMPLEADORA. PRUEBA. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. DERECHOS HUMANOS. DERECHOS SOCIALES. CONSTITUCIÓN NACIONAL. CONSTITUCION PROVINCIAL. TRATADOS INTERNACIONALES. INTERPRETACIÓN. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. TERMINOS ABUSIVOS Y CLAUSULAS INEFICACES. CONTRATOS DE ADHESION. RECURSO DE NULIDAD EXTRAORDINARIO. PROCEDENCIA DEL RECURSO.

1.- Es procedente el recurso de nulidad extraordinario interpuesto contra la sentencia dictada por la entonces Cámara de Apelaciones en Todos los fueros de la ciudad de Zapala, que al confirmar lo resuelto por la instancia de grado, rechazó la demanda en donde se reclamó la indemnización por seguros de vida colectivos adicional derivada de la invalidez total y permanente del actor, ya que entendió que hubo una falta de denuncia oportuna del siniestro –por parte de la empleadora del actor y tomadora del seguro- y consiguiente caducidad de los derechos del asegurado en los términos del Art. 47 de la Ley 17.418. En efecto, la Alzada se desentiende de la documental obrante en autos, por caso, la Historia Clínica [...]; los certificados médicos agregados [...], todos de fechas anteriores al distracto, que dan cuenta de las graves afecciones que padecía el Sr. Monte y en las que se sustentó el Dictamen de la Comisión Médica, para concluir que el actor padece una incapacidad laboral del 66,14% [...] Es decir, las patologías, y su etiología son preexistentes a la extinción de la relación laboral y fundamentaron la fijación por parte de la Comisión Médica del grado de incapacidad total y permanente que padecía el Sr. Monte. Siendo así, la empleadora, debió comunicar el siniestro a la Aseguradora, porque tenía certeza del estado invalidante que padecía el actor durante la vigencia de la relación laboral y del seguro contratado. Sin embargo no lo hizo, no denunció el siniestro ante la Aseguradora.

2.- El análisis del Ad-quem, controvierte los principios elaborados a partir de los Arts. 14 bis de la Constitución Nacional, y 38 de la Constitución del Neuquén. En efecto, a

partir de la reforma constitucional de 1994, el constituyente revisor, al asignar jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos, amplió el catálogo de los derechos sociales (Art. 75, inc. 22); y al ratificar mediante la Ley 24.658 el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales –Protocolo de San Salvador- nuestro país reafirmó la necesidad de progresividad en la efectiva aplicación de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales (cfr. Los Derechos Sociales en la Agenda Institucional de la Corte Suprema de Justicia, Adriana Tettamanti, en Suplemento Constitucional, La Ley, agosto 2010, páginas 129/vta). [...] En este orden, adquieren particular relevancia los principios hermenéuticos de justicia social (pro justicia socialis) de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana, (pro homine) de progresividad de los derechos y de no regresividad (Confr. Art. 75, incs. 19 y 22, de la Constitución Nacional; Convención Americana sobre Derechos Humanos -Arts. 26, 29, inc. b-; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Art. 2.1, 5.2, 51-; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Art. 5.2). [...] En definitiva, el principio pro homine como criterio de interpretación reclama estar siempre a la norma más favorable a la vigencia de los derechos, es decir, se debe acudir a la más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos; y proceder de manera opuesta, esto es, aplicar la norma o la interpretación más acotada, cuando se trate de restricciones de derechos.

3.- Por imperio de lo dispuesto en el Art. 21° del ritual casatorio, se recompone el litigio haciendo lugar al recurso de apelación interpuesto por el accionante, revocando en un todo lo resuelto en Primera Instancia, y condenando a MAPFRE ARGENTINA SEGUROS DE VIDA S.A. a abonarle la suma correspondiente en concepto de seguro de vida adicional, con más los intereses que se calcularán desde el 28 de mayo de 2007, hasta el 1/1/2008 a la tasa promedio del Banco de la Provincia del Neuquén; desde esa fecha y hasta el efectivo pago a la tasa activa mensual del mismo Banco. Todo ello por aplicación de lo dispuesto por los Arts. 37, 65 de la Ley 24.240 y los argumentos vertidos in re "Geliz" Acuerdo 46/10; "Camargo" Acuerdo 31/10 y otros, a los que brevitatis causae se remite.

Texto completo:

ACUERDO NRO. 47. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los nueve (9) días de noviembre dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. vocales doctores OSCAR E. MASSEI y EVALDO D. MOYA con la intervención de la secretaria Civil de Recursos Extraordinarios, doctora MARÍA TERESA GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "MONTE LUIS ALBERTO C/ MAPFRE CÍA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD" (Expte. Nro. 45 - año 2012) del Registro de la Actuaria.

ANTECEDENTES: A fs. 294/300, obra la sentencia dictada por la entonces Cámara de Apelaciones en Todos los fueros de la ciudad de Zapala, que confirma el fallo de la instancia anterior dictado a fs. 274/278 vta., mediante el cual se rechazó la demanda.

Contra este decisorio, el actor LUIS ALBERTO MONTE deduce recursos por Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad Extraordinario a fs. 305/324.

Corrido el traslado de ley, contesta a fs. 327/329 la demandada MAPFRE Argentina Seguros de Vida S.A.

Mediante Resolución Interlocutoria N° 268/12 se declaran admisibles los recursos impetrados, con sustento en los Arts. 18° y 15°, incs. b) y d), de la Ley 1.406.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que este Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes

CUESTIONES: I) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario? II) En su caso, ¿resulta procedente el de Inaplicabilidad de Ley? III) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? IV) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas, el doctor OSCAR E. MASSEI dice:

I. Por razones de orden metodológico, habré de efectuar una síntesis de los hechos relevantes para la resolución de la causa.

1. A fs. 39/41 vta., el actor promueve demanda contra MAPGRE Cía. de Seguros S.A., por el cobro de la suma de $108.912,90 en concepto de indemnización por invalidez total y permanente que -según sostiene- tenía cubierta como riesgo a través de seguros de vida contratados por su ex empleadora.

Manifiesta ser beneficiario de dos seguros colectivos de vida: uno obligatorio y otro adicional, ambos por los riesgos de muerte e incapacidad total y permanente. Señala que el seguro adicional se instrumentó mediante Póliza N° 152-0006925.

Relata que dichos seguros fueron contratados por su empleadora y la Aseguradora MAPFRE Cía. de Seguros S.A.

Agrega que su parte no intervino en las tratativas con la entidad aseguradora.

Expresa que nunca se le hizo entrega de copia de los contratos y/o pólizas respectivas.

Apunta que abonaba mensualmente la prima, por descuento que efectuaba la empleadora sobre sus remuneraciones.

El importe reclamado asciende a la suma de $108.912,90 con sus intereses desde el 4 de junio de 2007 y las costas del proceso.

Manifiesta que ingresó a trabajar bajo relación de dependencia en LOMA NEGRA C.I.A.S.A. el 20 de enero de 1975. Se desempeñó, como operador de molino de cemento de la planta industrial ubicada en la ciudad de Zapala por más de 32 años y el 4 de junio de 2007 acordó su distracto con la empleadora para acogerse al beneficio de la jubilación por invalidez, debido a que desde hacía varios meses se encontraba imposibilitado de poder cumplir con sus tareas habituales, al padecer una cardiopatía coronaria y limitaciones funcionales en su pierna izquierda.

Ello así, se sustanció ante MÁXIMA AFJP el trámite de jubilación por invalidez, beneficio que le fue concedido, luego que la Comisión Médica en Expte. N° 009-P-00107/07 determinó que la incapacidad psicofísica que padecía equivalía al 66,14% de la Total Obrera.

Refiere que dicho porcentual de invalidez, estaba integrado por: Cardiopatía coronaria grado III (45%); limitación funcional de la rodilla izquierda (9%); factores complementarios de edad y nivel educativo (4,12% en cada caso); y factor compensador (3%).

Manifiesta que la incapacidad que padece es irreversible para todo tipo de tareas conforme –alega- surge del dictamen de la Comisión Médica que adjunta.

Señala que una vez determinada la incapacidad reclamó a la Aseguradora el pago del seguro colectivo adicional mediante carta documento 781432351 del 9 de noviembre de 2007, la que no mereció respuesta.

Alega que la ausencia de pronunciamiento, dentro el plazo de ley, implica aceptación tácita del siniestro, de la cobertura y de la extensión del daño a resarcir.

Manifiesta que, aun en el supuesto que se considere que no se encuentra consentido el siniestro, que denunciara, por vencimiento del plazo legal, en el presente se encuentran reunidos los extremos fácticos previstos en el contrato de seguro, que hacen procedente la demanda.

Enfatiza que las patologías fijadas por la Comisión Médica, tuvieron origen y consolidaron su dolencia incapacitante durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de seguro. Fueron determinantes de su incapacidad total y permanente, y tornan procedente el pago del seguro adicional por invalidez que se contrató a su favor.

Funda en derecho. Ofrece Prueba. Cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso.

2. A fs. 62/64 vta. y 65/66, la demandada contesta. Niega los hechos invocados en la pretensión. Al respecto, afirma que las condiciones de la póliza contratada oportunamente con LOMA NEGRA exigían que el asegurado para solicitar el pago de la indemnización no hubiese cesado en el empleo por retiro o renuncia –Anexo A, apartado C, numeral 5, apartado A-; que conforme a lo dictaminado por la Comisión Médica N°9 el Sr. Monte habría renunciado el 4/7/2007 por causas no amparadas por la póliza -incapacidad– sino por hipertensión arterial que padecía desde hacía 10 años; cardiopatía coronaria grado III y limitación funcional de la rodilla izquierda. Pero que en todo caso debió denunciar a su parte, antes de renunciar, las eventuales afecciones, para que pudiera ser revisado por facultativos, sometido a estudios y evaluado por medio de peritos, conforme a las cláusulas contractuales pactadas.

Luego afirma que tal recaudo no se verificó y opone exclusión de cobertura.

Sostiene que la Aseguradora responde contractualmente si el actor cumple el contrato, y este acto jurídico bilateral contiene obligaciones recíprocas, incumplidas por el Sr. Monte, ya que de su propio obrar surge que: notificó por carta documento una incapacidad laboral; lo hizo a un domicilio inexistente; no observó las cláusulas del contrato al renunciar de manera previa, y en consecuencia, no existe cobertura.

En forma subsidiaria, expresa que en caso de corresponder indemnizar, el capital asegurado asciende a la suma de $48.120, por surgir del múltiplo de 30 sueldos, calculado en función del salario de abril que asciende –según los recibos acompañados- a la suma de $1.604, con más los intereses a la tasa promedio a partir de la fecha de notificación de la demanda.

Manifiesta que efectúa Reserva del Caso Federal. Ofrece prueba, funda en derecho y solicita que se rechace la demanda.

A fs. 65/66 amplía la contestación de la demanda, denuncia inexistencia de cobertura.

Al respecto, expresa que el distracto se produjo en junio de 2007 y la determinación de la incapacidad por parte de la Comisión Médica se efectúa en agosto de ese año. Es decir, a la fecha de la determinación de la incapacidad total, la cobertura no se encontraba vigente.

Por otra parte, amplía los argumentos referidos a la reserva del Caso Federal, y manifiesta que de no ser admitida dicha defensa, se daría un trato desigual a lo resuelto en la causa "Quilapi", con cita del Art. 16 de la C. N.

3. A fs. 274/278 vta., la Jueza de Primera Instancia rechaza la demanda interpuesta contra MAPFRE Argentina Seguros de Vida S.A., con costas.

4. Contra dicho pronunciamiento se alza la parte actora y expresa agravios a fs. 281/285.

5. A fs. 294/300, la Cámara de Apelaciones con sede en la ciudad de Zapala, confirma la sentencia de grado e impone las costas a la parte actora vencida.

6. Dicha resolución es impugnada mediante los recursos extraordinarios locales por el actor a fs.305/324.

El Sr. Monte encauza sus agravios por los carriles de Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad Extraordinario. Funda el primer remedio en los incisos b) y d) del Art. 15° de la Ley 1.406; y el segundo, en la falta de sustento en las constancias de la causa.

Sobre las causales de infracción legal, expresa que el fallo en crisis incurre en una errónea aplicación de los Arts. 46 y 47 de la Ley 17.418, al poner en cabeza del aquí recurrente cargas no previstas en las normas y omitir aplicar las causales de exculpación expresamente establecidas para justificar el eventual incumplimiento de aquéllas.

Con relación a la causal del inciso d) del Art. 15° y con cita del precedente "Géliz" de este Tribunal, sostiene que la Alzada se apartó de la jurisprudencia en materia de seguros colectivos de vida estipulados a favor del personal dependiente por parte de sus empleadoras y aseguradoras.

Dentro el carril de Nulidad Extraordinario, señala que el pronunciamiento dictado por la Cámara no tiene fundamento suficiente en las constancias de las causa.

En tal sentido, alega que en el sub-lite se encuentran probados tres hechos, cuya correcta valoración resultaba decisiva para la resolución del proceso.

En primer término, que el actor padece un grado de incapacidad total y permanente que le imposibilita realizar tareas remuneradas. Afirma que la demandada no cuestionó tal circunstancia, que fuera alegada al promover la demanda y acreditada con la documental acompañada.

Manifiesta que de este modo quedó probado el estado de invalidez total y permanente del trabajador constitutivo del riesgo cubierto por la póliza del seguro de vida colectivo adicional contratado por la empleadora.

Continúa diciendo: la incapacidad total y permanente que padece el Sr. Monte se produjo durante la vigencia de la relación laboral con LOMA NEGRA C.I.A.S.A. y era conocida por ésta, en virtud de los certificados médicos que presentó, los cuales le impidieron continuar las tareas que realizaba desde varios años atrás, y debió permanecer con licencia por enfermedad durante los meses previos al distrato.

Afirma que las patologías no fueron determinadas, como erróneamente sostiene la Cámara, por el Dictamen de la Comisión Médica N° 9. En consecuencia, entiende que no le correspondía al actor informar a su empleadora el estado de invalidez, porque ésta lo conocía y sobre ella pesaba la carga de comunicar el siniestro a la Aseguradora.

Asimismo sostiene, que tanto la Tomadora del seguro como la Aseguradora incumplieron el deber de entregar al actor copia de la póliza contratada a su favor y el correspondiente Certificado de Cobertura. Afirma que este hecho fue expresamente señalado en la demanda y la Aseguradora no aportó prueba alguna que permitiera desvirtuar dicha afirmación.

Aduce que la Alzada omitió considerar este hecho esencial para la resolución del litigio e impuso al trabajador asegurado la carga de informar el siniestro a su ex empleadora, y como consecuencia de su incumplimiento hace efectiva contra el asegurado la sanción de caducidad de los derechos.

7. Mediante Resolución Interlocutoria N° 268/12 se declaran admisibles los recursos: por Inaplicabilidad de Ley, por las causales de los incisos b) y d) del Art. 15° de la Ley 1.406 y de Nulidad Extraordinario (Art. 18°, ley cit.).

II. Ingresando al estudio del tema debatido, cabe señalar que, cuestionado el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones mediante los recursos de Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad Extraordinario, se debe comenzar por el análisis de este último. Porque, en primer lugar, corresponde determinar la validez de la sentencia, puesto que si surgiera la ausencia de dicha condición sine qua non, el tratamiento del recurso de Inaplicabilidad de la Ley carecería en absoluto de sustento cierto (cfr. Acs. Nros. 108/94, 117/95, 11/98, 04/03, 10/03, 71/05 y 33/06, entre otros).

Delimitado el marco dentro del cual ha de transcurrir el análisis, corresponde destacar que el remedio intentado ha recibido consagración legislativa en el ámbito local, en el Art. 18° de la Ley 1.406, el que declara la procedencia del recurso de Nulidad Extraordinario –entre otras causales- cuando la sentencia no tuviera sustento suficiente en las constancias de la causa.

Dable es aclarar que esta hipótesis de nulidad -falta de sustento en las constancias de la causa- también se configura cuando se omite valorar pruebas y hechos que son conducentes para la adecuada composición del litigio (cfr. Ac. N°38/97 in re "ROZADOS").

Luego, este Tribunal Superior de Justicia tiene dicho:

"[...] la carencia de sustento suficiente en las constancias de autos que acarrea la extrema sanción de nulidad sólo se configura cuando se advierte un grueso error al determinar el presupuesto fáctico indispensable para la dilucidación integral del juicio" (cfr. R.I. N° 335/89).

La parte actora denuncia que la sentencia de Alzada omite valorar prueba esencial y decisiva, consistente en los certificados médicos presentados que acreditan su incapacidad total y permanente, constitutivo del riesgo cubierto por la póliza de seguro de vida colectivo adicional contratada a su favor por la empleadora.

Ante todo, cabe señalar que en el caso debe determinarse si el trabajador padece una incapacidad total y permanente constitutiva del riesgo cubierto por la póliza de seguro de vida colectivo adicional y si el estado de invalidez se verificó durante la vigencia de la relación laboral.

Examinados los presentes, resulta acreditado que la Alzada advirtió que las afecciones padecidas por el actor, que determinaron su grado de invalidez, pudieron ser adquiridas durante la vigencia del vínculo laboral que aquél mantuvo con la empresa demandada Loma Negra C.I.A.S.A. (vide fs. 297 vta.).

No obstante ello, concluye que fue el dictamen de la Comisión Medica N° 9, emitido con posterioridad a la extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo, el que estableció que la invalidez revestía el carácter de total y permanente, y en consecuencia, en esa oportunidad, el Sr. Monte tomó conocimiento que su minusvalía encuadraba dentro de los siniestros cubiertos por el seguro de vida adicional.

Esta argumentación de la Alzada es errónea porque, si bien admite que la empleadora tenía conocimiento con anterioridad a la extinción del contrato de trabajo de la invalidez que padecía el actor, concluye que la certeza de la incapacidad se obtuvo con el dictamen de la Junta Médica. Y es en este punto donde se aparta palmariamente de las constancias de la causa.

En efecto, la Alzada se desentiende de la documental obrante en autos, por caso, la Historia Clínica de fs. 128/129; los certificados médicos agregados a fs.126/127, 130, 131 y 132, todos de fechas anteriores al distracto, que dan cuenta de las graves afecciones que padecía el Sr. Monte y en las que se sustentó el Dictamen de la Comisión Médica, para concluir que el actor padece una incapacidad laboral del 66,14%, cuando dice:

[…]"Enfermedad actual: a comienzos del año 2005 comienza con dolor precordial en relación a esfuerzos medianos. Fue evaluado por un cardiólogo quien le diagnosticó cardiopatía isquémica. El 03/03/05, le realizaron una coronariografía que mostró lesión de dos vasos y el 21/03/05 le realizaron una angioplastía en la arteria coronaria derecha. El 19/08/05 le realizaron una nueva angioplastía en la arteria circunfleja con resultado exitoso. Actualmente refiere dolor precordial y disnea en relación a la realización de esfuerzos medianos como caminar tres cuadras […]" (fs. 137).

Examenes complementarios e interconsultasAportados: 3/03/05- Coronariografia. Lesión severa proximal y en 1/3 medio de la arteria coronaria derecha. Lesión severa excéntrica en sector medio de arteria cicunfleja. Lesión moderada del ramo posteroventricular. Función ventricular izquierda conservada. Dr. Moreno.

"23/08/05 -Historia Clínica. El 19/08/05 se hace angioplastía a la arteria circunfleja con dos lesiones, la primera con Stent la segunda solo dilatación con buen resultado.

"11/10/05 -Perfusión miocárdica con Spect. Al doble producto alcanzado no se objetivó isquemia miocardia. Rodilla derecha Pulita.

"23/01/06 -Monitorio Holter. Solo extrasístoles supraventiculares aislada, no forma repetitivas.

"28/05/07 -Radiografías de rodilla izquierda frente y perfil. Cambios degenerativos artrosicos con pinzamiento de la interlinea femoropatelar, osteofitos marginales a partir de las plataformas tibiales y signos de condrocalcinocis. Dr. Poletti.

"11/06/07 Informe oftalmológico. Agudeza visual con correción del ojo derecho: 7/10. Con corrección ojo izquierdo: 7/10"- (vide fs. 137/138 vta).

Con relación al informe oftalmológico supra mencionado, glosado a fs. 133, efectuado a sólo siete días de extinguida la relación laboral, destaco que el facultativo interviniente dio cuenta de los antecedentes patológicos que padecía el actor, a saber: Cardiopatía coronaria, HTA, Glaucoma, para concluir que padecía una incapacidad visual del 30%, según tabla Sená.

No cabe duda entonces, que su ex empleadora a junio del 2007, con anterioridad al distracto y durante la vigencia del seguro, tuvo conocimiento y certeza de la invalidez que afectaba al Sr. Monte. No ignoraba que los distintos

certificados médicos daban cuenta de las dolencias que lo afectaban, las que ocurrieron durante el desarrollo de la relación laboral.

Es decir, las patologías, y su etiología son preexistentes a la extinción de la relación laboral y fundamentaron la fijación por parte de la Comisión Médica del grado de incapacidad total y permanente que padecía el Sr. Monte.

Siendo así, la empleadora, debió comunicar el siniestro a la Aseguradora, porque tenía certeza del estado invalidante que padecía el actor durante la vigencia de la relación laboral y del seguro contratado. Sin embargo no lo hizo, no denunció el siniestro ante la Aseguradora.

La invalidez que padecía el actor es relevante de cara a la acción promovida, pues la incapacidad laborativa es el presupuesto fáctico que debe concurrir para que el beneficiario tenga derecho a las prestaciones previstas en un seguro de vida por incapacidad.

Juzgo aquí necesario hacer una breve referencia a la naturaleza de los seguros de vida obligatorio y adicional, algunas de ellas ya expresas en mi voto in re "Camargo" (Acuerdo N° 31/10 del Registro de esta Secretaría).

Se trata de un seguro que debe situárselo dentro del ámbito laboral.

Habitualmente se relaciona al seguro de vida colectivo obligatorio, no sólo como un seguro comercial, sino en el otro extremo, esto es, como perteneciente a la esfera de la seguridad social. Y se expresa: "que es un seguro de la seguridad social" (sobre el particular puede verse la doctrina de este T.S.J. sustentada en el Acuerdo 603/99, "Sepúlveda Laura Rosa c/ Consejo Provincial de Educación s/ A.P.A.").

Entiendo que la confusión deriva del carácter social del seguro de vida obligatorio. Pero, en realidad, deben distinguirse los conceptos "seguridad social" y "seguro social".

"La Seguridad Social es el género; el seguro social, la especie es un medio, un instrumento para hacer efectivos los beneficios de la seguridad social" (cfr. Helio J. ZARINI, su obra, Constitución Argentina, Edit Astrea, 2004, Pág. 74/75).

La Seguridad Social tiene un objeto más amplio. Implica una política que supone la creación de instrumentos adecuados para erradicar con carácter general los males sociales y tiende a satisfacer las necesidades de los individuos y no solo de los trabajadores (cfr. FERNÁNDEZ Madrid, Tratado de Derecho Práctico del Trabajo, Tomo II, Pág. 1761, Editorial La Ley, 1990; José M. ALMASA PASTOR, Derecho de la Seguridad Social, 5ta. Edición, Pág. 69).

El seguro social, por su parte, satisface un interés social inmediato, dando origen a una relación jurídica regulada por Ley, cuyo objeto es proteger las contingencias propias de la existencia humana.

La prestación del asegurador se mide en capitales previamente establecidos que se pagan al beneficiario cuando ocurre el siniestro, encontrándose ausente el espíritu de lucro (cfr. HALPERIN-MORANDI, Seguros Edit. Depalma, segunda edición actualizada, Pág. 69/70, Bs. As., 1983).

Su objeto consiste en cubrir toda la gama de contingencias y necesidades que afectan individualmente a un sujeto, pero se proyectan socialmente en sus efectos (cfr. GERMÁN BIDART CAMPOS, Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino, Editorial Ediar, Bs. As., 1986, pág. 429).

Similares reflexiones resultan aplicables al seguro de vida adicional contratado en el marco precitado. Ello, habida cuenta que, si las estipulaciones del contrato de seguro colectivo de vida adicional de carácter facultativo o voluntario se hallan vinculadas con el contrato de trabajo, estamos en presencia, sin duda alguna, de un seguro que debe ser situado también dentro del ámbito del derecho laboral, por su innegable finalidad tuitiva y protectora destinada a proteger al trabajador y a sus causahabientes, en caso de producirse el siniestro que dé lugar a la protección del riesgo cubierto.

Como dije supra, el vínculo jurídico entre el empleador/tomador con los empleados/adherentes, lo constituye el contrato de trabajo. Esto, sin desconocer que prestigiosa doctrina sostiene, que aun partiendo de esa premisa (vínculo entre empleador y empleados) el contrato de seguro colectivo es autónomo, y como tal, no pierde autoridad, no obstante depender de la celebración del contrato de trabajo, entendiendo que "aunque la relación de empleo sea determinante para acceder a la cobertura de un seguro colectivo no modifica la naturaleza comercial de la relación entre beneficiario y asegurador" (cfr. STIGLITZ, Rubén S., "Seguro colectivo de vida", RCyS 2006,107).

Así, me enrolo en la corriente que sostiene que el seguro colectivo adicional reconoce la pre-existencia de un contrato de trabajo, y es precisamente, el substractum fáctico –la relación laboral- el presupuesto para concertar una relación contractual que la aseguradora toma como plataforma necesaria para intervenir en el convenio.

Sentado ello, cabe considerar que, en el sub-judice, las contingencias cubiertas son la muerte y la incapacidad total o parcial y permanente.

Estas dos contingencias constituyen el riesgo cubierto, conforme surge de la póliza acompañada por la Aseguradora.

Frente al reclamo indemnizatorio del asegurado, corresponde verificar si alguna de ellas se ha producido pues su ocurrencia genera el derecho a la indemnización en cabeza de los beneficiarios.

Esto es lo central y tales hechos son los que la Alzada debió analizar.

Lo hizo pero, se apartó de las constancias de la causa, las cuales indicaban claramente que el Sr. Monte estaba incapacitado en forma total para llevar a cabo cualquier tarea laboral remunerada.

Por otra parte, la demandada no aportó prueba alguna tendiente a acreditar que hizo entrega de una copia de la póliza, como tampoco desvirtuó el hecho que la acompañada por el actor fue obtenida a través de la Asociación Sindical, con posterioridad al cese de la relación laboral.

Consecuentemente, yerra la Cámara al afirmar que pese a que la demandada no acreditó haberle hecho entrega del certificado de incorporación, tal circunstancia no eximía al actor del cumplimiento de lo dispuesto en el Anexo 1, Cláusula A- Cláusula de Invalidez Total y Permanente- Liquidación de Capital Asegurado- Art. 5°, poner en conocimiento del Tomador del seguro su situación, mediante la presentación de solicitud del beneficio para que el mismo cumpliera con las medidas apropiadas para dar trámite oportuno a la denuncia en los términos del art.46 de la ley de seguros (sic. fs. 297 vta./298).

Omitió, así, considerar que los seguros colectivos de vida tienen una finalidad tuitiva y de naturaleza alimentaria. Tienden a proteger al individuo de las contingencias propias de su existencia individual. Tampoco hizo mérito de su función social y, por ende, se apartó del principio por el cual, en caso de duda razonable, corresponde rechazar el desconocimiento de los derechos del asegurado, apartándose de la literalidad de los términos contractuales (cfr. Rubén STIGLITZ: Seguro colectivo de vida, La Ley online, RCyS 2006-107).

Por otra parte, debe tenerse presente que la Ley 17.418 no contiene directivas de interpretación. Sólo consagró en su Art. 11,2° párrafo, lo siguiente:

"El asegurador entregará al tomador una póliza debidamente firmada y fácilmente legible {...}".

Sin embargo, a partir de la sanción de la Ley 24.240 se cuenta con dos directivas específicas de la interpretación de los contratos por adhesión, como el que estamos analizando.

En su Art. 37, la citada ley establece que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Esta directiva, en una indisimulable finalidad tuitiva del polo débil de la relación, dispone imperativamente que la decisión debe favorecer la posición contractual del consumidor (cfr. Rubén S. STIGLITZ, Derecho de seguros, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, pág. 609).

Reafirma el sentido de mi voto, el carácter de orden público que tiene la Ley de Defensa del Consumidor (Art. 65). Ésta impuso un orden imperativo que excede y sobrevuela las convenciones privadas, mucho más en el caso de las contrataciones en masa con cláusulas predispuestas.

El Máximo Tribunal nacional precisó que el legislador, al disponer que sea de orden público, ha definido a la ley como contenedora de un conjunto de principios de orden superior estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad.

Enfatizando esta idea, la Corte Federal interpretó que los tribunales deben aplicar esta categoría de leyes, aun cuando las partes no lo requieran por cuanto existe un interés de la comunidad toda en que así sea (Pascual E. ALFERILLO: La función del juez en la aplicación de la ley en defensa del consumidor, La Ley online 02/07/09, con cita de C.S.J.N., S 1455.XLI; RHE "Sociedad Anónima-Dominga B. de Marconetti c. Gobierno de Buenos Aires").

Con referencia a los seguros colectivos de vida, la misma Corte Suprema señaló:

"La cláusula de la póliza que cubre el riesgo de invalidez total, que requiere que el asegurado no pueda desempeñar 'cualquier actividad remunerativa' no se la puede entender en su expresión literal, esto es, estar casi muerto, o ser incapaz de realizar cualquier tipo de tareas, sino en un sentido más flexible, pues de lo que se trata es de establecer si el beneficiario se encuentra imposibilitado de realizar aquellas actividades que le eran habituales, u otras similares.
"Si la cláusula de la póliza que cubre el riesgo de invalidez total, que requiere que el asegurado no pueda desempeñar 'cualquier actividad remunerativa' se la entendiese en su expresión literal, el riesgo cubierto sería inexistente, dado que, salvo el caso de muerte, siempre una persona estaría en condiciones de realizar alguna tarea, por más insignificante que ella fuese" (in re: "ISABELINO MAROTTE v. YACIMIENTOS PETROLÍFEROS FISCALES Y OTRO" (Fallos: Tomo 311:1556, Volumen 1. 1988).
De ello surge que los contratos de seguros de vida no pueden ser reglados de modo tal que desnaturalicen y contraríen su función social. De amparar la pretensión de la demandada, se estaría negando la propia existencia de este instituto de corte netamente social y con expresa consagración constitucional.
Y esto se agrava aún más en el caso porque, como se ha referido antes, el seguro colectivo se celebra entre el tomador y el asegurador. El asegurado, a pesar de su condición de destinatario final de la prestación a cargo del asegurador, no interviene ni influye en el contenido contractual, en sus condiciones particulares, ya que, dada la formación del contrato del seguro, jamás participa en la creación de las condiciones generales.
Por esto, como en ningún otro riesgo es indispensable que, como mínimo conozca el contenido del contrato y todas las modificaciones que se le introduzcan a través de una información clara y precisa (cfr. Rubén S. STIGLITZ, op. cit.).
La parte actora afirmó, que nunca se le entregó copia de la póliza (cfr. fs. 68). La demandada no desvirtuó esta circunstancia.
Esta carga pesaba sobre ella, máxime teniendo en cuenta que el Art. 25.3.1 de la Resolución N° 33.463 dictada por la Superintendencia de Seguros –sustitutiva de otras resoluciones anteriores- le impone a la aseguradora, en los casos de pólizas colectivas, el deber de entregar a cada asegurado un certificado de incorporación. Dicha norma reza:
"En las pólizas colectivas deberá entregarse, por cada [...] persona asegurada, un 'Certificado de Incorporación' que contendrá como mínimo los siguientes datos, sin perjuicio de los requeridos en función del riesgo cubierto: a) Número de Póliza; b) Número de Certificado Individual de Cobertura; c) Fecha de emisión; d)Fechas de inicio y fin de la cobertura; e) Nombre, CUIT, CUIL, o DNI y domicilio del Asegurado y/o Tomador consignado en la póliza colectiva; f) Nombre, CUIT, CUIL o DNI del Asegurado —individual—; g) Riesgos cubiertos por cobertura; h) Suma asegurada por cobertura (o base de cálculo para los seguros de Vida Colectivo); i) Franquicias para cada cobertura, en caso de corresponder; j) Carencias para cada cobertura, en caso de corresponder; k) Beneficiarios designados (seguros de personas), en caso de corresponder; l) Premio total correspondiente al bien o persona en cuestión (excepto en los seguros de Vida).
"Cada 'Certificado de Incorporación' deberá numerarse en forma cronológica como un endoso de la póliza respectiva".
En este contexto, cabe concluir que en la presente causa se acreditó que el actor ha sufrido la contingencia que el contrato de seguro de vida facultativo debe cubrir. Por ello, corresponde que el Sr. Monte sea indemnizado toda vez que, en las condiciones físicas actuales en que se encuentra, padece una incapacidad total, permanente, que le impide realizar cualquier tarea remunerada.
III. El análisis del Ad-quem, controvierte los principios elaborados a partir de los Arts. 14 bis de la Constitución Nacional, y 38 de la Constitución del Neuquén.
En efecto, a partir de la reforma constitucional de 1994, el constituyente revisor, al asignar jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos, amplió el catálogo de los derechos sociales (Art. 75, inc. 22); y al ratificar mediante la Ley 24.658 el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales –Protocolo de San Salvador- nuestro país reafirmó la necesidad de progresividad en la efectiva aplicación de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales (cfr. Los Derechos Sociales en la Agenda Institucional de la Corte Suprema de Justicia,

Adriana Tettamanti, en Suplemento Constitucional, La Ley, agosto 2010, páginas 129/vta).

Los derechos humanos deben ser interpretados con carácter extensivo, éste es un principio hermenéutico. Y esta interpretación alcanza a todos los derechos humanos sin distinción de categorías, por lo cual descarto que algunos derechos sociales puedan ser operativos y otros programáticos, ya que aceptar tal antagonismo conduciría a permitir que algunos sean efectivos y otros queden reducidos a meras expresiones de deseo. Y en dirección a la operatividad de los derechos sociales para conferirles plena eficacia, Bidart Campos subraya la insistencia normativa en la progresividad y en el perfeccionamiento de recursos que tiendan a su plena efectividad (Cfr. Adriana Tettamanti op.cit. pág 130).

Este ideario del constitucionalismo contemporáneo ha nutrido la jurisprudencia constitucional de nuestra Corte Suprema, en su doctrina judicial en los fallos "Vizzoti", "Aquino", "Milone" y de manera particular in re "Sánchez", en cuanto señala que los tratados internacionales vigentes obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos... (Considerando 3°) (Fallos: 327:3677; 327:3758; 327:4607; 328:2833).

Y esta profunda transformación impone que la cuestión sub-examine sea interpretada a la luz de los principios consagrados por los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales operan como directrices del sistema de derechos sociales.

En este orden, adquieren particular relevancia los principios hermenéuticos de justicia social (pro justicia socialis) de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana, (pro homine) de progresividad de los derechos y de no regresividad (Confr. Art. 75, incs. 19 y 22, de la Constitución Nacional; Convención Americana sobre Derechos Humanos -Arts. 26, 29, inc. b-; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Art. 2.1, 5.2, 51-; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Art. 5.2).

Y es precisamente ese plexo de valores y derechos que resulta de la constitucionalización de los instrumentos de derechos humanos que determina que el intérprete deba

"[...] seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera fuera la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional [...] (cfr. BIDART CAMPOS G., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, tomo I-A, 2000, Ediar, Buenos Aires, pág. 390; en igual sentido aut. cit en Las Fuentes del Derecho Constitucional y el Principio Pro Homine, publicado en AAVV; El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y Perspectivas, coord. BIDART CAMPOS, G. y GIL DOMÍNGUEZ, A, Ediar, 2011, pág. 13 cit. por Rodolfo ARIZA CLÉRICI en "Interpretación Constitucional" Principio Pro Hominis www.círculodoxa.org 2010).

En definitiva, el principio pro homine como criterio de interpretación reclama estar siempre a la norma más favorable a la vigencia de los derechos, es decir, se debe acudir a la más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos; y proceder de manera opuesta, esto es, aplicar la norma o la interpretación más acotada, cuando se trate de restricciones de derechos.

A su vez, el principio in dubio pro justicia socialis fue reconocido y definido por la C.S.J.N., ya en 1974 en el caso "Bercaitz" al reprobar toda exégesis restrictiva de los derechos sociales y sostener:

"[...] Y como esta Corte lo ha declarado, 'el objetivo preeminente´ de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el bienestar general" (Fallos: 278:313), lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad ínter subjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización.

Por tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justicia socialis. Las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar´, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad [...]" (Fallos: 298.430).

Por otra parte, y como se adelantara supra, los instrumentos internacionales en materia de derechos sociales (Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Art. 26; Protocolo Adicional de San Salvador, Art. 1, Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Art. 2.1), establecen la obligación de progresividad y la correlativa prohibición de regresividad.

La primera de ellas está estrechamente vinculada a la noción de progreso. Es decir, la obligación a cargo de los Estados partes de mejorar las circunstancias, medios y condiciones para el pleno goce y ejercicio de los derechos sociales y de manera paralela la prohibición de regresividad, por la cual los Estados asumen el compromiso de no adoptar políticas, medidas o normas que mengüen el nivel del goce de estos derechos. (Cfr. Víctor ABRAMOVICH-Christian COURTIS, El umbral de la ciudadanía- El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional. Ed. Estudios del Puerto, Buenos Aires, 1ª. edición, 2006, págs. 57/63).

Éste es el marco que moldea la consideración de las circunstancias concretas de la presente causa, en la que se debate un derecho social como lo es el seguro de vida colectivo, consagrado por el propio Estado para atender a la protección del ser humano.

Por consiguiente, corresponde declarar procedente el recurso de Nulidad Extraordinario impetrado por la parte actora, por la causal de falta de sustento en las constancias de la causa, haciendo lugar al recurso de apelación de fs. 281/285., y revocar en un todo lo resuelto en Primera Instancia a fs. 274/278 vta., por aplicación de los dispuesto por los Arts. 37, 65 de la Ley 24.240 y los argumentos vertidos in re "Geliz", "Camargo" y otros, a los que brevitatis causae me remito.

En consecuencia, corresponde declarar abstracto el tratamiento del recurso por Inaplicabilidad de Ley en razón de la forma en que se resuelve por la vía impugnativa del Art. 18° de la Ley 1.406.

Sentado lo anterior, cabe ingresar al análisis de la procedencia del monto reclamado.

La actora reclama la suma de $108.912,90 en concepto de capital. Arriba a ese monto considerando que el capital asegurado es equivalente a 30 (treinta) sueldos. Toma el correspondiente a junio de 2007: $3.630,43 totalizando así la suma de $ 108.912,90.

La póliza fija los capitales asegurados en múltiplos de 30 sueldos, con un máximo de $300.000 y un mínimo de $11.220 (vide fs. 28).

Ahora bien, de la compulsa del recibo de haberes correspondiente a mayo de 2007 surge que la remuneración ascendía a la suma de $3.630,41 multiplicada por 30 totaliza la suma de $108.912,30 en concepto de capital asegurado. A ese importe deberán adicionarse los intereses a partir desde el 28 de mayo de 2007 (fecha de emisión del certificado médico glosado a fs. 132) que se calcularán, hasta el 1/1/2008 a la tasa promedio de la Provincia del Neuquén; y con posterioridad y hasta el efectivo pago, a la tasa activa mensual del mismo Banco (cfr. Acuerdos nro. 23/10, 38/12, del registro de la actuaria).

IV. Finalmente, con respecto a la tercera cuestión planteada, propicio se impongan las costas de todas las instancias a la demandada vencida (Arts. 68 del Código Procesal y 12° de la Ley Casatoria). MI VOTO.

El señor vocal doctor EVALDO D. MOYA, dice:

1. Que si bien comparto la solución final a la que arriba el Sr. Vocal que me precede en el orden de votación, adhiriendo a ella, tal como expuse en mi voto en el Acuerdo N° 38/2012 en la causa "FERREYRA", del Registro de esta Sala Civil, agrego que es criterio del suscripto que la doctrina desarrollada debe ser aplicada analizando cada caso concreto.

Ello, sobre todo, teniendo en consideración las particularidades propias del seguro de vida colectivo, donde la naturaleza social que impregna sus cláusulas y que lo diferencia en líneas generales de los seguros individuales, conlleva una interpretación tuitiva a favor del trabajador y menos apegada a la literalidad de la letra del contrato, a fin de no desnaturalizar su esencia.

Es que como bien se ha señalado, la finalidad del seguro de vida colectivo radica en proteger al individuo de las contingencias propias de la existencia individual, tales como la muerte y la incapacidad absoluta.

Así se identifica a este tipo de seguros como aquellos en los que se asegura colectivamente bajo una misma póliza y en base a una prima promediada, a un conjunto de asegurados que se hallan vinculados de alguna forma por razones que son ajenas al seguro mismo –por ejemplo, empleados del contratante-.

Y es por la característica antes descripta, que la línea interpretativa a seguir, con el objeto de juzgar sus cláusulas, está orientada a satisfacer necesidades esenciales del individuo.

Así se ha dicho en criterio que comparto: "En el seguro colectivo, un apego literal al texto de las cláusulas, o su consideración abstracta, o aislada que prescinda de su verdadero sentido y omita consultar los datos que proporciona la realidad y el resultado de la interpretación, a la vez que podría poner en peligro el logro del propósito tuitivo del seguro social, posibilitaría desligar al Estado del cumplimiento del deber ético que tiene con los particulares, el cual adquiere singular significación cuando su actividad está orientada, como ocurre con el seguro social, a satisfacer funciones esenciales…." (C.N. Civ. y Com. Fed, Sala I Sent. 11 -1981, "Argiz de Blanc Aurora c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro", ub. en J.A. 1982-III- pág. 391).

2. Señalado lo anterior, cabe referir que, en esta causa, nos encontramos ante un seguro colectivo de vida (obligatorio y adicional) que como se expresara, tiende a proteger al individuo de las contingencias propias de la existencia individual (muerte/incapacidad absoluta).

Que el trabajador (demandante), posee una incapacidad absoluta y durante su vida laboral efectuó los aportes correspondientes para ser acreedor de los beneficios que reclama.

Que planteada así la cuestión, y teniendo en cuenta que el apego literal a las cláusulas de la póliza equivaldría a poner en peligro el logro del propósito tuitivo del seguro de vida y su adicional reclamados, es que no queda margen de duda a este Juzgador que resulta aplicable la Ley 24.240, cuyo carácter de orden público imperativo (Art. 65) se encuentra por encima de las convenciones privadas. Máxime –reitero- cuando, como sucede en esta causa, el apego a la literalidad del contrato nos conduciría, además, al dictado de una decisión arbitraria y carente de sustento en las constancias de autos.

Viene al caso recordar, que la propia Corte Nacional, refiriéndose a la citada Ley 24.240 y sus modificatorias, interpretó que los Tribunales deben aplicar esta categoría de leyes, aun cuando las partes no lo requieran, fundado en la existencia de un interés de la comunidad de que así sea.

3. Con lo antes desarrollado, soy de la opinión que la solución propuesta es jurídicamente correcta, motivo que hace adhiera al voto precedente, emitiendo el mío en igual sentido. ASÍ VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, oído el Sr. Fiscal, SE RESUELVE: 1°) Declarar PROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinario impetrado por el actor LUIS ALBERTO MONTE a fs. 305/324 contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, obrante a fs. 294/300, NULIFICANDO dicho fallo en virtud de la causal prevista en el Art. 18°, 2° apartado, de la Ley 1.406. 2) Por imperio de lo dispuesto en el Art. 21° del ritual casatorio, recomponer el litigio haciendo lugar al recurso de apelación de fs. 281/285, revocando en un todo lo resuelto en Primera Instancia a fs. 274/278 vta., y condenando a MAPFRE ARGENTINA SEGUROS DE VIDA S.A. a abonarle la suma de $108.912,30 en concepto de seguro de vida adicional según póliza Nro. 152-0006925-01, suma que deberá ser abonada en el término de diez días de notificada, con más los intereses que se calcularán desde el 28 de mayo de 2007, hasta el 1/1/2008 a la tasa promedio del Banco de la Provincia del Neuquén; desde esa fecha y hasta el efectivo pago, a la tasa activa mensual del mismo Banco conforme lo expresado en el considerando pertinente. 3°) Imponer las costas de Primera Instancia, Alzada y de la presente a la demandada perdidosa (Arts. 68 del C.P.C. y C. y 12° de la Ley 1.406). 4°) Con base en lo dispuesto en el Art. 279 del C.P.C. y C., en origen deberán readecuarse los honorarios profesionales, al nuevo sentido del pronunciamiento y conforme a la Ley Arancelaria 1.594 y su modificatoria 2.933. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes, Dres. ... -en el doble carácter por la parte actora-; ... -apoderada de la demandada- Dra. ... -patrocinante de idéntica parte-, por la labor de Segunda Instancia en un 30% de lo que les corresponda por su actuación en idéntico carácter (Art. 15° de la Ley Arancelaria). 5°) REGULAR LOS HONORARIOS de esta etapa para el doctores ... -apoderado de la parte actora-; ... -patrocinante de idéntica parte-; ... -apoderada de la demandada-; ...

y ... -patrocinantes de idéntica parte- en un 35% de lo que les corresponda por su actuación en idéntico carácter. 6°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos.

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

Dr. EVALDO D. MOYA - Dr. Oscar E. Massei

Dra. MARÍA T. GIMÉNEZ DE CAILLET-BOIS - Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ LUCERO EVA S/ APREMIO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 81/2013) – Acuerdo: 48/15 – Fecha: 11/11/2015

DERECHO TRIBUTARIO: Prescripción.

APREMIO. PLAN DE REGULARIZACION IMPOSITIVA. CADUCIDAD DEL PLAN DE REGULARIZACION IMPOSITIVA Y FACILIDADES DE PAGO. PRESCRIPCION. COMPUTO DEL TERMINO DE LA PRESCRIPCION.

1.- Es improcedente el recurso de Nulidad Extraordinario deducido por la actora invocando que el fallo emitido por Cámara de Apelaciones del fuero con asiento en la ciudad de Zapala omitió el tratamiento de cuestión esencial en lo concerniente a la notificación al deudor. Ello así, pues de los fundamentos expuestos por la Cámara sentenciante se advierte que el punto cuya preterición se denuncia fue tratado en el fallo en crisis, aunque en forma adversa a la pretensión del aquí recurrente. Así, se advierte que la crítica esgrimida resulta ambigua, en tanto, el quejoso denuncia el aludido vicio de omisión de tratamiento de una cuestión esencial y luego, alega -sobre idéntico tema- que los sentenciantes han estimado el tópico con argumentos poco serios, [...]. Empero, la recurrente no controvierte las razones brindadas por la Cámara, circunscriptas a materia estrictamente procesal, por las cuales se determinó que la notificación del 18 de marzo de 2009 no podía ser valorada. Y, al no hacerse cargo de tales argumentos, mediante un ataque frontal y directo para desvirtuarlos, estos adquirieren firmeza y el Tribunal no puede –ni debe- incursionar en su análisis en tanto debe expedirse únicamente sobre los puntos contenidos en la queja.

2.- Es improcedente el recurso de inaplicabilidad de ley en donde se alegó como vicios fundantes del recurso la violación y errónea aplicación o interpretación de los preceptos contenidos en las normas denunciadas -Arts. 125, 126 y 127 -hoy Arts. 141, 142 y 144- del Código Fiscal. Ello es así, pues, la deuda reclamada se tornó exigible a partir de la caducidad del plan suscripto entre las partes. Pues, con la postura

defendida por la actora a la luz de lo prescripto en el primer párrafo del Art. 126 y penúltimo del 127 del Cod. Fiscal (T.O. 1997), resultaría fácil desnaturalizar, en el supuesto de mediar una refinanciación de deuda, el límite del plazo de 5 años impuesto por la normativa de rigor, ya que al diferirse al 1° de enero siguiente al año en que se produzca el vencimiento, en algunos casos -sino en su gran mayoría-, se extiende en forma unilateral e indebida el plazo prescriptivo, otorgándole a la administración pública un privilegio que se encuentra reñido con las disposiciones establecidas por el Art. 3951 del Código Civil [actual Art. 2534 del C.C. y C. N.], según el cual, tanto el Estado nacional como las provincias están sometidas a las mismas prescripciones que los particulares, vulnerándose con ello, la garantía de igualdad consagrada constitucionalmente.

3.- [...] es insuficiente el recurso de Inaplicabilidad de Ley (por la causal prevista en el inciso d) del Art. 15° de la Ley 1.406) que se apoya en doctrina legal establecida sobre la base de presupuestos fácticos que no guardan relación con los determinados en la causa. Aquí el quid de la cuestión radica en determinar si la prescripción comienza a correr a partir de la caducidad del plan de facilidades de pago o se difiere al 1° de enero siguiente del año en que se produjo tal vencimiento. De allí entonces, que no resultan similares los presupuestos fácticos de la presente causa con aquella traída a confronte -"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ EUGENI S/ APREMIO"- (Cfr. también sobre este punto Ac. Nro. 13/14)- en donde el debate giraba en torno a determinar si la suscripción del plan de facilidades de pago, previsto por Ley provincial N° 2.159, tenía carácter interruptivo del curso del plazo de prescripción liberatoria. Ello en virtud de que el demandado -al oponer la excepción de prescripción- interpretaba que de dicha Ley provincial surgía que, caído el plan de facilidades por falta de pago, se lo debe tener por no realizado, retrotrayéndose todo al momento inicial de la obligación fiscal.. [...] Se reitera: para que sea aplicable la doctrina legal debe tratarse de casos idénticos o por lo menos de una marcada similitud, no resultando suficiente la simple analogía. Pues, si las situaciones de hecho son diversas, el precedente no resulta de aplicación. El valor persuasivo de la jurisprudencia ha de fundarse en lo que el Tribunal hizo y en las razones decisivas por las que lo hizo, para demostrar que la misma razón que antes fue decisiva ha de serlo también en el litigio pendiente de resolución (Cfr. Juan Carlos HITTERS, Ob. Cit., pág. 329).

Antecedentes: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ FERRARI, JORGE ALBERTO S/ APREMIO" (Acuerdo Nro. 13/2014) y "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ ERIZEZ, JOSÉ LEÓNIDAS S/ APREMIO" (Acuerdo Nro. 17/2014)

Texto completo:

ACUERDO N° 48. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los once (11) días de noviembre de dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctores EVALDO D. MOYA y RICARDO T. KOHON con la intervención de la secretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia en los autos caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ LUCERO, EVA S/ APREMIO" (Expte. N° 81 - año 2013), del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES: A fs. 61/96 la actora -PROVINCIA DE NEUQUÉN- mediante apoderado, interpone recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley contra la sentencia dictada a fs. 53/57 por la Cámara de Apelaciones del fuero con asiento en la ciudad de Zapala, mediante la cual confirma la decisión de la instancia anterior en cuanto hace lugar a la excepción de prescripción opuesta y, por ende, desestima la ejecución promovida, con costas a la actora.

Corrido el traslado de ley, la contraria contesta a fs. 102/103 vta. Solicita se rechace el recurso incoado, con costas.

A fs. 113/115 el Sr. Fiscal General propicia la admisibilidad de la vía recursiva pero sólo por el carril de Inaplicabilidad de Ley.

A fs. 117/119, por Resolución Interlocutoria N° 80/14 este Cuerpo declara admisibles los recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley incoados.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

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

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

I. Previo a todo, para una mejor comprensión de las cuestiones a resolver, resulta menester una síntesis de los extremos relevantes de la causa, de cara a la impugnación extraordinaria deducida.

1. A tal fin, cabe reseñar que a fs. 4 se presenta la PROVINCIA DE NEUQUÉN e inicia formal demanda de apremio contra la Sra. EVA LUCERO por el cobro de la suma de $116.078,51 que se reclama en concepto de capital, con más sus intereses, gastos y costas del juicio.

El monto pretendido surge de la boleta de deuda que acompaña.

2. A fs. 6 y vta. comparece la demandada y opone excepción prescripción, en la medida que exceda del periodo 2006 a 2011. Reconoce como deuda los últimos cinco años desde el inicio de la demanda.

A fs. 16/24 contesta la Provincia del Neuquén el traslado conferido. Solicita la desestimación de la excepción opuesta con base en la presunción de legitimidad de las boletas de deuda y la improcedencia de indagar en la causa de la obligación. Además, da su propia versión del cómputo del plazo prescriptivo y para ello transcribe los Arts. 141 a 144 del Código Fiscal y cita jurisprudencia al respecto.

Por último, solicita la aplicación del Art. 143 de idéntico cuerpo normativo en cuanto dispone que, con la notificación de la deuda efectuada al contribuyente, se suspende el plazo de prescripción por un año, desde que dicha notificación ocurrió. Agrega que en el presente caso la Sra. Lucero fue debidamente notificada el 18 de marzo de 2009, tal como surge de la copia certificada de la cédula que adjunta a la presente.

A fs. 30 la demandada solicita que se tenga por extemporánea la documental presentada por la actora, atento a su agregación con posterioridad a la traba de la litis y a fin de resguardar el debido proceso.

Asimismo, solicita que conforme la fecha del plan de pagos suscripto, se tenga por prescripta la deuda que se reclama en autos y que supere los cinco años.

En forma subsidiaria, desconoce la autenticidad de la documental identificada como Nota Nro. 2117/11, nota Nro. 2150/11 y cédula de notificación de fecha 6 de marzo de 2009.

3. A fs. 33/35 luce el pronunciamiento de Primera Instancia que hace lugar a la excepción de prescripción incoada y, por ende, declara prescripta la obligación contenida en la boleta de deuda Nro. 111849.

Para así decidir, expone que al haber operado la caducidad del plan de pagos el 16/08/2005 y siendo la última fecha el inicio del cómputo de la prescripción, ésta operó el 17/08/2010 y, por ende, a la fecha de creación de la boleta de deuda -19/10/2010- la obligación se encontraba prescripta.

4. Disconforme con dicho pronunciamiento, la actora apela. Expresa agravios a fs. 42/45.

Argumenta, la quejosa, que el fallo hace lugar a la excepción de prescripción fundándose en que el Art. 127 del Código Fiscal no resulta aplicable a las obligaciones provenientes de caducidades de planes de pagos acordados con la administración.

Destaca que la suscripción del plan de pago implica un reconocimiento tácito de la obligación tributaria adeudada, configurándose, en tal caso la interrupción de la prescripción.

Entiende que yerra el A quo al considerar cuándo debe comenzar a computarse el plazo de prescripción y, seguidamente, realiza el cómputo que estima pertinente.

Por último, se agravia de la omisión de considerar la notificación efectuada a la demandada el 18/03/2009 -cédula que luce agregada a fs. 15- por la cual, entiende, se suspendió y/o interrumpió el curso de la prescripción.

Consecutivamente, realiza el cómputo que –estima- corresponde a partir de la suspensión indicada. Cita disposiciones de los Códigos Fiscal y Civil (de V. S.).

5. Corrido el pertinente traslado, la accionada guarda silencio.

6. A fs. 53/57 la Cámara de Apelaciones del fuero con asiento en Zapala -por mayoría- confirma la resolución de grado, con costas al recurrente vencido.

Resuelven, en lo que aquí interesa, que se basarán en lo decidido en la causa "Erizez".

En tal sentido, sostienen que el plazo de prescripción comienza a correr desde la caducidad de dicho plan y no desde el 1° de enero del año siguiente.

Concluyen, entonces, que el plazo prescriptivo comienza el 17 de agosto de 2005 y que a la fecha de la emisión de las boletas de deuda -19 de octubre de 2010- la acción se encontraba prescripta.

Además, agregan que no resulta procedente, al efecto interruptivo, la notificación alegada por el apelante en su tercer agravio, ya que tal documental ha sido desconocida por la contraria y no fue materia de prueba, correspondiendo –también- su rechazo.

7. A fs. 61/96 la actora interpone recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley contra dicho decisorio.

Mediante el carril de Inaplicabilidad de Ley la quejosa selecciona las causales contempladas en los incisos a), b) y d) del Art. 15º de la Ley 1.406.

Denuncia que la sentencia viola la legislación provincial tributaria vigente porque no fue debidamente aplicado el Art. 127 del Código Fiscal, el cual dispone, para el supuesto de reconocimiento expreso o tácito de deuda, el diferimiento del plazo prescriptivo al 1° de enero del año siguiente en que las circunstancias mencionadas ocurran.

Igualmente, afirma que la Cámara yerra en su aplicación y se aparta, sin fundamentos, de lo dispuesto por los Arts. 125, 126 y 127 -hoy Arts. 141, 142 y 144- de dicho cuerpo normativo.

Manifiesta que si bien la caducidad del plan de pagos operó el 17/08/05, la Alzada se equivoca al determinar el momento de inicio de la prescripción desde la mentada caducidad y no como lo dispone el Art. 127, inciso 1°, del Código Fiscal desde el 1° de enero del año siguiente.

Asimismo, expone que la resolución atacada contradice la doctrina sentada por este Tribunal en los autos: "Provincia del Neuquén c/ Eugeni, Raúl s/ apremio" (Ac. 55/05); "Corvin S.A. y Corvin Neuquén S.A. c/ I.P.V.U. s/ acción procesal administrativa" (Ac. 1.366/07) y "Contal S.A. y SENTRA S.A. s/ acción procesal administrativa" (Ac. 7/10).

A través del remedio de Nulidad Extraordinario, manifiesta que el fallo en crisis incurre en falta de fundamentación y omite decidir cuestiones esenciales oportunamente planteadas.

Así, alega que la Cámara no brinda argumentos serios, acabados y razonables para justificar su decisión, conforme lo exige el Art. 238 de la Constitución de nuestra provincia, en orden a la motivación de la sentencia.

Señala que los jueces no analizaron lo atinente a la correcta aplicación e interpretación del Art. 127 del Código Fiscal, en tanto –sostiene- los supuestos esbozados por su parte se encuentran previstos en los Arts. 125 a 127 de dicho cuerpo normativo.

También entiende que el pronunciamiento es incongruente porque omite resolver cuestiones esenciales oportunamente planteadas referidas a la interrupción y a la suspensión de la prescripción. Aclara que este último extremo operó con la notificación efectuada por el organismo recaudador a la demandada el 18/03/2009 y que la judicatura desconoce la calidad de instrumento público de dicha cédula.

II. 1. Al haberse cuestionado el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones local, por la vía de Inaplicabilidad de Ley, como asimismo por la de Nulidad Extraordinario, por regla de orden lógico, se impone analizar preliminarmente, el remedio citado en último lugar.

Ello por cuanto, como lo expone Morello:

"[…] la solicitud expresa y fundada de la declaración de nulidad precede lógicamente al recurso de Inaplicabilidad de Ley, al conjugar esa articulación, según el principio de eventualidad, los aspectos sucesivos de validez (declaración de nulidad), y de ineficacia (error o injusticia en las soluciones del caso) de la sentencia recurrida, los que se bifurcan en las respectivas áreas técnicas: recurso de Nulidad Extraordinario y de Inaplicabilidad de Ley.

El éxito del primero, hace inoficiosa la consideración del segundo, puesto que de prosperar y si surgiera la ausencia de la condición sine qua non, cual es la validez del pronunciamiento, la consideración y tratamiento de los recursos de Inaplicabilidad de Ley, carecerían en absoluto de sustento cierto […]" (Cfr. Acuerdos Nros. 108/94, 11/98, 16/08, 3/10, 6/10, 12/10, 21/10, 1/13, entre otros del registro de esta secretaría).

2. Que al fundar el recurso de Nulidad Extraordinario, la recurrente alega las causales de ausencia de motivación, incongruencia y omisión de cuestión esencial en punto a las normas del Código Fiscal como, así también, respecto de la notificación efectuada a la demandada el 18 de marzo de 2009.

Sobre el particular, cabe destacar que las hipótesis esgrimidas como configurantes de la nulidad del fallo impugnado se encuentran contempladas por la Ley ritual Nro. 1.406 en su Art. 18º, el que establece:

"...en casos de quebrantamiento de las formas esenciales prescriptas para la sentencia y cuando el pronunciamiento de las Cámaras de Apelación haya omitido lo preceptuado por el Art. 166º segundo párrafo de la Constitución Provincial [conforme el antiguo texto, hoy 238]. También procederá cuando se hubiere omitido decidir cuestiones esenciales sometidas por las partes de modo expreso y oportuno al órgano jurisdiccional, cuando la sentencia fuere incongruente, o no tuviera sustento suficiente en las constancias de autos, o dictadas respecto de quien no fue parte en el proceso, o resolviere sobre cuestiones ajenas a la litis, o que se hallaren firmes".

Reiteradamente ha sostenido este Tribunal que, a través de dicho precepto, han quedado comprendidas, según la célebre clasificación de Genaro Carrió, las trece causales de arbitrariedad susceptibles de descalificar el acto jurisdiccional –sólo se excluye la arbitrariedad por absurdo, propia del recurso de Inaplicabilidad de Ley- y que dicho autor agrupa de la siguiente forma: a) concernientes al objeto o tema de la decisión; b) concernientes a los fundamentos de la decisión; y c) concernientes a los efectos de la decisión (Cfr.Aut. cit. y Alejandro D. CARRIÓ, El recurso extraordinario por sentencia arbitraria, Ed. Abeledo-Perrot, 3ra. Edic. actualizada, Bs. As. 1983, págs. 57/59, citado en Acuerdos Nº 11/2000, 53/13 y 1/14).

También se ha dicho que dos son los aspectos -como mínimo- a tener en cuenta en el juicio de procedencia de un recurso que persigue la invalidación, a saber:

Por un lado, no perder de vista que la nulidad es el último remedio al que debe apelarse entre las múltiples soluciones que brinda el mundo jurídico. Y que, por ello, es pasible de un análisis riguroso a la luz de una interpretación restrictiva.

Y por otro, la finalidad misma del recurso extraordinario de nulidad, que consiste en resguardar las formas y solemnidades que constitucionalmente debe observar la judicatura en sus sentencias, de modo tal que ellas no sean deficientes o nulas por poseer algún vicio que así las torne (cfr. BERIZONCE, Roberto O., "Recurso de Nulidad Extraordinario", en la obra Recursos Judiciales, dirigida por Gozaíni, Edit. Ediar, 1991, pág. 193, citado en Ac. Nros. 176/96, 26/00, 14/11, 27/13, entre otros, del Registro de la Actuaria).

Con ello,

"[...] además de observarse la línea principal de política que no aconseja la recepción de la nulidad sino en supuestos límites, se preserva el principio de conservación y la actividad jurisdiccional computable, dándose así una más beneficiosa respuesta a las finalidades que conlleva el servicio" (cfr. MORELLO Augusto, Recursos Extraordinarios y Eficacia del Proceso, Edit. Hammurabi, pág. 203 citado en Ac nro. 14/11 ya cit.).

3. Que, en ese marco corresponde analizar si, en el primer supuesto reseñado, se configuran los vicios nulificantes denunciados.

A poco de ahondar en el análisis de la pieza casatoria, se advierte que la quejosa centra su embate en la alegada infracción de la ley que considera aplicable (Art. 127 del Código Fiscal B.O. 1997), planteando su distinta interpretación respecto de la aplicación de la normativa local (Arts. 125, 126 y 127 de idéntico cuerpo normativo), cuestiones éstas que son propias del remedio de Inaplicabilidad de Ley pero no del carril recursivo que se analiza.

Así, la recurrente alega, por ejemplo: "la Cámara hizo caso omiso a lo previsto por los Arts. 125, 126 y 127, en su nueva redacción Arts. 141 a 144 del Código Fiscal […]" (fs. 86); "[…] para lograr una correcta y equitativa solución se debería encuadrar dentro de los supuestos del Art. 127 del Código Fiscal, en especial en el inc. 1°. (Cfr. fs. 86 y reiterado a fs. 91); "omiten resolver sobre la cuestión planteada por nuestra parte en cuanto a la aplicación correcta del Art. 127, actual Art. 144 […]" (cfr. fs. 90); "Es claro que corresponde la aplicación del Art. 127, en razón de existir un supuesto de reconocimiento tácito por parte del contribuyente que había suscripto un plan de pagos (Cfr. fs. 90) y "es a todas luces incongruente la sentencia cuando deja de lado la aplicación del Art. 127 (hoy Art. 144) del Código Fiscal, conforme lo expresamente desarrollado y solicitado por nuestra parte," (fs. 94). Todos estos argumentos también fueron esgrimidos por el carril de Inaplicabilidad de ley conforme se desprende del relato de antecedentes expuesto supra (cfr. fs. 80/83 de la pieza recursiva).

En ese sentido, este Cuerpo ha considerado:

"[...] el acierto de una decisión resulta ajeno al recurso extraordinario de nulidad y su revisión debe obtenerse por vía del de inaplicabilidad de ley" (Cfr. JUBA: SCBA, Ac 32685 S 29-6-1984, CARATULA: Di Candia, Blas y Cantelmi, Vicente c/ Lettieri, Nilda Alicia; Anecchini, Alicia Nilda; Carmona, Julio C.; Galaburri, Jorge Raúl; Villarreal, Domingo R. s/ Ordinario; SCBA, Ac 45905 S 22-10-1991 CARATULA: Pombo, Ricardo c/ Manucar S.A. s/ Ejecutivo PUBLICACIONES: AyS 1991 III, 640, citado en Acuerdos Nros. 17/14 y 23/15 del registro de esta Secretaría).

Por ello, al haberse cuestionado el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones local -en el aspecto referido- por ambas vías recursivas y evidenciándose que los motivos expuestos para fundar el remedio de Nulidad Extraordinario se encuentran íntimamente vinculados con los agravios expuestos en orden a la infracción legal de las normas del Código Fiscal que se individualizan en el escrito casatorio, es que carece de virtualidad el tratamiento y consideración –en este aspecto- del recurso de Nulidad Extraordinario en virtud de lo dispuesto por el Art. 19° del Ritual.

4. Mención aparte merece el segundo supuesto consignado, cual es la ya referenciada notificación al deudor que el recurrente cataloga como causal de suspensión del curso de la prescripción.

Al ingresar al examen de este agravio, surge evidente que el vicio de omisión de cuestión no se encuentra configurado en la especie.

Ello así, pues de los fundamentos expuestos por la Cámara sentenciante se advierte que el punto cuya preterición se denuncia fue tratado en el fallo en crisis, aunque en forma adversa a la pretensión del aquí recurrente.

Allí se consignó, luego de establecer que la obligación se encontraba prescripta, que:

"no resulta procedente al efecto interruptivo la notificación alegada por la apelante en su tercer agravio, ya que tal documental ha sido desconocida por la contraria y no fue materia de prueba, correspondiendo también su rechazo." -cfr. fs. 55-

Es decir que, de lo expuesto, no se advierte que el resolutorio recurrido haya ignorado las cuestiones indicadas por el quejoso.

Ello denota que la sentencia ha abordado la cuestión sometida a decisión aunque de un modo que no satisfizo a la parte impugnante. Siendo esto así, la pretensión del fallido se basa en una mera disconformidad con la forma de

decidir el tema por parte del Ad quem, pretendiendo que se realice un nuevo examen crítico de los antecedentes que no puede merecer el estatus de omisión de una cuestión esencial que amerite la viabilidad del recurso extraordinario de nulidad.

Así, se advierte que la crítica esgrimida resulta ambigua, en tanto, el quejoso denuncia el aludido vicio de omisión de tratamiento de una cuestión esencial y luego, alega -sobre idéntico tema- que los sentenciantes han estimado el tópico con argumentos poco serios, pues

"[…] En relación al punto, en tan solo un simple párrafo, el fallo descarta el efecto interruptivo de la notificación, por considerar que la misma había sido desconocida por la demandada y no fue materia de prueba […]" (Sic. fs. 87)

Empero, la recurrente no controvierte las razones brindadas por la Cámara, circunscriptas a materia estrictamente procesal, por las cuales se determinó que la notificación del 18 de marzo de 2009 no podía ser valorada. Y, al no hacerse cargo de tales argumentos, mediante un ataque frontal y directo para desvirtuarlos, estos adquirieren firmeza y el Tribunal no puede –ni debe- incursionar en su análisis en tanto debe expedirse únicamente sobre los puntos contenidos en la queja.

5. Por lo expuesto, propongo al Acuerdo se declare la improcedencia del recurso de Nulidad Extraordinario deducido por la actora.

III. Sentado ello, he de ingresar al tratamiento del recurso de Inaplicabilidad de Ley incoado por idéntica parte.

1. Que, al haberse alegado apartamiento de la doctrina establecida por este Tribunal en las causas: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN CONTRA EUGENI SOBRE APREMIO" (Ac. 55/05); "CORVIN S.A. Y CORVIN NEUQUÉN S.A. C/ I.P.V.U. S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Ac. 1366/07) y "CONTAL S.A. Y SENTRA S.A. S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Ac. 7/10) corresponde, en primer término, analizar la configuración de esta causal.

La hipótesis prevista en el inciso d) del Art. 15º de la Ley 1.406 se configura cuando la

"[…] sentencia contradiga la doctrina establecida por el Tribunal Superior de Justicia en los cinco años anteriores a la fecha del fallo recurrido, o por una Cámara, cuando aquél no se hubiera pronunciado sobre la cuestión, y siempre que el precedente se hubiera invocado oportunamente."

La télesis de este sendero impugnativo apunta, por un lado, a revisar la aplicación de la ley y de la doctrina legal (función nomofiláctica propia del Máximo Tribunal); y por otro, a mantener una interpretación uniforme de las normas vigentes (función uniformadora) (cfr. Juan Carlos HITTERS, Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación, 2ª Edición, Librería Editora Plantense, Buenos Aires, 2002, pág. 506 y ss.).

2. En esta senda, y al confrontar los antecedentes denunciados con el decisorio en cuestión, no se advierte que surja el motivo casatorio denunciado. Ello así, por cuanto es insuficiente el recurso de Inaplicabilidad de Ley que se apoya en doctrina legal establecida sobre la base de presupuestos fácticos que no guardan relación con los determinados en la causa.

3. Precisamente, en los autos: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ EUGENI S/ APREMIO", el debate giraba en torno a determinar si la suscripción del plan de facilidades de pago, previsto por Ley provincial Nº 2.159, tenía carácter interruptivo del curso del plazo de prescripción liberatoria. Ello en virtud de que el demandado -al oponer la excepción de prescripción- interpretaba que de dicha Ley provincial surgía que, caído el plan de facilidades por falta de pago, se lo debe tener por no realizado, retrotrayéndose todo al momento inicial de la obligación fiscal.

El marco fáctico narrado dista del verificado en la presente causa. Aquí el quid de la cuestión radica en determinar si la prescripción comienza a correr a partir de la caducidad del plan de facilidades de pago o se difiere al 1º de enero siguiente del año en que se produjo tal vencimiento. De allí entonces, que no resultan similares los presupuestos fácticos de la presente causa con aquella traída a confronte (Cfr. también sobre este punto Ac. Nro. 13/14).

4. Menos aún surge acreditada la causal de marras respecto de los otros dos pronunciamientos de este Tribunal provenientes de su sala procesal administrativa. Pues, en ellos se discutía la constitucionalidad del plazo de prescripción en sede administrativa (5 años), analizando los hechos a la luz de la Ley provincial de procedimiento administrativo Nro. 1.284 que contiene expresamente legislado dicho plazo, reforzando los argumentos que propugnaban la legitimación del plazo local a partir de las especiales características de dicho procedimiento.

Por consiguiente, además de la dispar identidad fáctica y jurídica de los precedentes mencionados con el caso que nos ocupa, mal podrían ser traspolados -al presente- los conceptos allí vertidos por la disímil naturaleza de las cuestiones sometidas a discusión.

Se reitera: para que sea aplicable la doctrina legal debe tratarse de casos idénticos o por lo menos de una marcada similitud, no resultando suficiente la simple analogía. Pues, si las situaciones de hecho son diversas, el precedente no resulta de aplicación. El valor persuasivo de la jurisprudencia ha de fundarse en lo que el Tribunal hizo y en las razones decisivas por las que lo hizo, para demostrar que la misma razón que antes fue decisiva ha de serlo también en el litigio pendiente de resolución (Cfr. Juan Carlos HITTERS, Ob. Cit., pág. 329).

5. Decidido el primer punto, se ingresará al análisis de los restantes motivos casatorios alegados (violación y errónea aplicación o interpretación), con respecto a los preceptos contenidos en las normas denunciadas por el presentante.

Sobre el particular, cabe señalar que este Tribunal se ha expedido en torno al cómputo de la prescripción en materia de caducidad de planes de facilidades de pago fiscales, in re: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ FERRARI, JORGE ALBERTO S/ APREMIO", (Acuerdo Nro. 13/2014), "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ ERIZEZ, JOSÉ LEÓNIDAS S/ APREMIO" (Acuerdo 17/2014) y "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ KOOPMANN LAURA S/ APREMIO" (Acuerdo Nro. 23/2015). Por lo que corresponde dar aquí por reproducidos sus fundamentos.

Que, en los argumentos allí reseñados se expresó que la suscripción de la moratoria por parte del contribuyente –y su posterior aceptación por el órgano recaudador- conlleva el sometimiento a las condiciones impuestas en dicho régimen de excepción, en lo referente al cálculo del quantum de cada cuota, a los plazos y modalidades de sus pagos, a la mora especial (automática) que produce y a la exigibilidad de la deuda que surge de sus términos y vencimientos.

De ahí, que se estableció que el cómputo prescriptivo –que se encontraba previamente interrumpido por haberse acogido a la moratoria respectiva- comenzó nuevamente a correr a partir de la caducidad de dicho régimen en virtud de su inobservancia. Ello, en atención a que el acaecimiento de la mentada caducidad opera de pleno derecho, sin necesidad de intervención administrativa alguna, al verificarse los extremos referenciados por la reglamentación.

También se expuso que, al ser la prescripción un medio de extinción de la obligación, su cómputo comienza a correr desde que la pertinente acción puede ejercerse. Por ello, para determinar el inicio del plazo de tal medio extintivo, corresponde precisar cuándo el sujeto pasivo de la relación tributaria estuvo obligado al pago y, consiguientemente, cuándo el Fisco pudo iniciar el proceso de cobro.

Estos extremos –se dijo- surgen con claridad de la normativa local que establece el régimen de regularización de deudas y facilidades de pago.

Consiguientemente, se concluye que la deuda reclamada se tornó exigible a partir de la caducidad del plan suscripto entre las partes. Pues, con la postura defendida por la actora a la luz de lo prescripto en el primer párrafo del Art. 126 y penúltimo del 127 del Cod. Fiscal (T.O. 1997), resultaría fácil desnaturalizar, en el supuesto de mediar una refinanciación de deuda, el límite del plazo de 5 años impuesto por la normativa de rigor, ya que al diferirse al 1° de enero siguiente al año en que se produzca el vencimiento, en algunos casos -sino en su gran mayoría-, se extiende en forma unilateral e indebida el plazo prescriptivo, otorgándole a la administración pública un privilegio que se encuentra reñido con las disposiciones establecidas por el Art. 3951 del Código Civil de Vélez [actual Art. 2534 del C.C. y C. N.], según el cual, tanto el Estado nacional como las provincias están sometidas a las mismas prescripciones que los particulares, vulnerándose con ello, la garantía de igualdad consagrada constitucionalmente.

6. La Ley provincial N° 2.320 estableció un régimen de regularización de obligaciones fiscales, con condonación de multas e intereses para las deudas originadas en impuestos, sus anticipos, tasas retributivas de servicios, contribuciones, infracciones impositivas, deudas de planes caducos o no, y demás conceptos que recauden: la Dirección Provincial de Rentas, otros organismos del Estado que perciban tributos de cualquier naturaleza incluido el canon minero; y para las tasas que recauda el Ente Provincial de Agua y Saneamiento (EPAS), devengadas al 31 de mayo de 2000 y que se encontraren impagas a la fecha de acogimiento (cfr. Art. 1°, ley cit.).

Por añadidura, el Decreto Reglamentario de la norma referida, en su artículo 28°, fija los efectos de la caducidad del plan de pagos previsto por la ley mencionada supra, en los siguientes términos:

"[…] La falta de pago de tres (3) cuotas consecutivas o alternadas, de la penúltima o última cuota del plan de pagos solicitado, producirá de pleno derecho y sin necesidad de interpelación previa, la caducidad del plan de regularización, quedando expedita la vía judicial de apremio para su cobro […]" (cfr. Decreto Nro. 1660/2000)

7. Por lo que, a la luz de la postura fijada por este Tribunal en los citados precedentes, que son perfectamente aplicables a la situación fáctica de la presente, el hito inicial del plazo prescriptivo se establece a partir de la caducidad de la moratoria suscripta, esto es el 17 de agosto de 2005.

Consecuentemente, la prescripción comenzó a correr a partir de dicha fecha y el efecto liberatorio se consolidó el 17 de agosto de 2010. Es decir, con anterioridad al inicio de la presente ejecución (26 de noviembre de 2010) e, incluso, de la confección de la boleta de deuda obrante a fs. 3 (19 de octubre de 2010).

8. Consecuentemente, al coincidir la solución brindada por la Cámara de Apelaciones con la establecida en los mentados Acuerdos Nros. 13/14 y 17/14, es que corresponde declarar también la improcedencia de la vía recursiva analizada y responder negativamente al primer punto que abre este Acuerdo, con lo que queda enervado el segundo.

IV. Que, con relación a la tercera de las cuestiones planteadas, propicio que las costas devengadas en esta etapa sean soportadas por la recurrente perdidosa (Arts. 17°, 21° de la Ley 1.406 y 558 del C.P.C. y C.).

Asimismo, y en virtud de lo resuelto, ordenar la pérdida del depósito conforme constancias de fs. 60 y 110 en virtud de lo dispuesto por el Art. 10° de la Ley Casatoria, dándosele el destino fijado por la Ley de Autarquía Judicial N° 1.971.

V. Con base en todas las consideraciones vertidas propongo al Acuerdo: 1°) DECLARAR IMPROCEDENTES los recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley deducidos por la actora –PROVINCIA DE NEUQUÉN- a fs. 61/96, CONFIRMANDO, en consecuencia, el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones del Fuero con sede en la ciudad de Zapala, obrante a fs. 53/57, por los fundamentos aquí expuestos. 2°) IMPONER las costas de esta etapa a la recurrente en su condición de vencida (Arts. 17° y 21° de la Ley 1.406 y 558 del C.P.C. y C.). 3°) Regular los honorarios de la Dra. ... –patrocinante de la demandada- en un 25% de lo que perciba por su actuación en idéntico carácter en la instancia de origen (Arts. 15°, 20°-modificado por Ley N° 2933- 40° de la Ley de Aranceles) 4°) Disponer la pérdida del depósito conforme constancias de fs. 60 y 110, en virtud de lo dispuesto por el Art. 10° de la Ley Casatoria, dándosele el destino fijado por la Ley de Autarquía Judicial N° 1.971, 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos a origen. MI VOTO.

El señor Vocal doctor Ricardo T. KOHON, dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor EVALDO D. MOYA y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, oído el Ministerio Público Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR IMPROCEDENTES los recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley deducidos por la actora –PROVINCIA DE NEUQUÉN- a fs. 61/96, CONFIRMANDO, en consecuencia, el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones del Fuero con sede en la ciudad de Zapala, obrante a fs. 53/57, por los fundamentos aquí expuestos. 2°) IMPONER las costas de esta etapa a la recurrente en su condición de vencida (Arts. 17°, 21° de la Ley 1.406 y 558 del C.P.C. y C.). 3°) Regular los honorarios de la Dra. ... –patrocinante de la demandada- en un 25% de lo que perciba por su actuación en idéntico carácter en la instancia de origen (Arts. 15°, 20°-modificado por Ley N° 2933- 40° de la Ley de Aranceles) 4°) Disponer la pérdida del depósito conforme constancias de fs. 60 y 110, en virtud de lo dispuesto por el Art. 10° de la Ley Casatoria, dándosele el destino fijado por la Ley de Autarquía Judicial N° 1.971, 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos a origen.

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

Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. EVALDO D. MOYA

Dra. MARIA T. GIMENEZ DE CAILLET-BOIS – Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ MERCADO RAÚL A. Y OTRO S/ EXPROPIACIÓN" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 114/2011) – Acuerdo: 49/15 – Fecha: 26/11/2015

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

EXPROPIACIÓN. DESISTIMIENTO PARCIAL. REDUCCION DEL AREA. MONTO INDEMNIZATORIO. RECURSO DE NULIDAD EXTRAORDINARIO. OMISION DE CUESTION ESENCIAL. RECOMPOSICION DEL LITIGIO. DETERMINACION DEL VALOR DE LA MENOR SUPERFICIE EXPROPIADA. HONORARIOS DEL ABOGADO. BASE REGULATORIA.

Es procedente el recurso de Nulidad Extraordinario impetrado por la parte demandada contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería –Sala III- que hizo lugar al recurso de apelación y declaró la validez del desistimiento parcial de la expropiación, reduciendo el área a expropiar a una superficie de 8.276,50m2, en los términos del Art. 42 de la Ley 804, modificado por el Art. 7° de la Ley 971. Empero, omitió resolver el valor de la nueva superficie a expropiar, y/o determinar de manera concreta el procedimiento a seguir para adecuar el monto indemnizatorio correspondiente al remanente efectivamente expropiado. Finalmente, se advierte que la Cámara de Apelaciones resolvió que la base de cálculo para la regulación de los honorarios profesionales, debía conformarse en base a la valuación a realizar por el Tribunal Provincial de Tasaciones sobre los 8.276,50m2. Ahora bien, cabe preguntarse ¿dicho cálculo dirigido a la regulación de honorarios se identifica con la valuación del inmueble? La respuesta es negativa, por la simple razón de que la Cámara de Apelaciones no estableció que dicha tasación constituiría el valor de indemnización del inmueble expropiado. Como corolario de lo expuesto y de acuerdo a las constancias de autos, entiendo que se acreditó, en el caso, que el Ad-quem incurrió en la causal denunciada por la quejosa -omisión de cuestión esencial –al no fijar el monto indemnizatorio.

Texto completo:

ACUERDO NRO. 49 En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiséis (26) días de noviembre dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. vocales doctores OSCAR E. MASSEI y RICARDO T. KOHON, con la intervención de la secretaria Civil de Recursos Extraordinarios, doctora MARÍA TERESA GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ MERCADO RAÚL A. Y OTRO S/ EXPROPIACIÓN" (Expte. Nro. 114 - año 2011) del Registro de la Actuaria.

ANTECEDENTES: A fs. 524/527 vta., obra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad, Sala III, que hace lugar al desistimiento parcial de la acción formulado por la actora Provincia de Neuquén. Impone las costas a cargo de la actora y las de Alzada por su orden.

Contra este decisorio, la parte demandada deduce recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley a fs. 537/559.

Corrido el traslado de ley, contesta a fs. 564/567 vta., la PROVINCIA DEL NEUQUÉN.

El señor Fiscal General ante el Tribunal se notifica a fs. 570.

Mediante Resolución Interlocutoria N° 63/13 se declaran admisibles los recursos impetrados, con sustento en los Arts. 18° -2do. párrafo- y 15°, inciso b), L.C., circunscripto a la infracción del Art. 41 de la Ley 804.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que este Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes

CUESTIONES: I) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario? II) En su defecto, resulta procedente el de Inaplicabilidad de Ley, III) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? IV) Costas.

VOTACIÓN: Conforme a las cuestiones planteadas, el doctor OSCAR E. MASSEI dice:

I. Por razones de orden metodológico, habré de efectuar una síntesis de los hechos relevantes para la resolución de la causa.

1. A fs. 4/5 vta., la Provincia del Neuquén promueve demanda de expropiación de urgencia contra Mercado Raúl Antonio y Saad Federico, sobre el inmueble identificado como Lote 41-I, Fracción 41 del Lote 5, Sección I, plano de mensura 2318-4868/92, con una superficie de 9 has, 52 as, nomenclatura catastral 09-27-048-1874-0000, inscripto en la Matrícula bajo el N° 61959, Departamento Confluencia, del Registro de la Propiedad Inmueble, comprendidas en la superficie circunscripta por la poligonal de acuerdo al sistema de referenciación geográfica Gauss-Kruguer (fs. 10/11); con destino al Proyecto Multipropósito Mari-Menuco-Confluencia, para la provisión de agua potable a la ciudades y localidades de Neuquén, Plottier, Senillosa y Vista Alegre, todas ellas pertenecientes al Departamento Confluencia, y asimismo poner bajo riego las tierras más aptas para la producción.

Expresa que el bien objeto de la presente fue declarado de utilidad pública y sujeto a expropiación mediante el dictado de la Ley N° 2.529 promulgada 13 de octubre de 2006.

Manifiesta que la expropiación fue ordenada por Decreto N° 1514/07 del 28/08/07, y que el Estado provincial dispone de los fondos necesarios para dar cumplimiento con los preceptos legales.

Dice que depositará la suma de $ 2.856 de acuerdo a lo determinado por el tribunal de Tasaciones de la Provincia de Neuquén el 17 de abril de 2007 (fs. 4 vta).

Solicita se ordene la toma de posesión del inmueble con ajuste a lo dispuesto por los Arts. 46 y 47 de la Ley 804 y se transfiera el dominio a favor del Estado provincial.

2. La parte accionada contesta la demanda, y reclama una indemnización de $ 3.080.943,09, o lo que en mas surja de la prueba, con los intereses devengados hasta la fecha de su efectivo pago.

Cuestiona, de conformidad con la carga impuesta por el Art. 35, incisos 2° y 3° de la Ley 804 los procedimientos mediante los cuales se arribó al monto indemnizatorio de $2.856,09 que otorgara el expropiante a su parte.

En ese orden, afirma que tal indemnización no satisface el requisito de ser justa e integral, y que el Tribunal de Tasaciones no consideró al momento de determinar la indemnización, que dentro de la superficie de las 9has a expropiar se encuentra ubicado un yacimiento de arena, calcáreos, ripio zarandeado y piedra bocha, cuya concesión fuera otorgada por la Autoridad Minera en Primera Instancia de la Provincia al codemandado Federico Saad.

Manifiesta que ello surge de los autos: "FEDERICO SAAD S/ PUNTO DE EXTRACCIÓN DE ÁRIDOS"- (Expte. N° 278-F° 878/2001) que ofrece como prueba instrumental.

Sostiene que el Sr. Saad fue inscripto como Productor Minero bajo el N° 274/1 del registro de la Escribanía de Minas, dependiente de la Autoridad Minera en Primera Instancia, y en consecuencia fue autorizado a la extracción y transporte de áridos del yacimiento.

Asimismo, afirma que de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 246 del Código de Minería presentó el informe de impacto ambiental, el que tramitara bajo Expte 283/01 "POLICÍA MINERA S/ INFORME DE IMPACTO AMBIENTAL (Expte 278/01) DE FEDERICO SAAD Y RAÚL MERCADO", que también ofrece como prueba.

Relata que la Dirección de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable aprobó dicho informe mediante Disposición N° 231/2005, de acuerdo a las prescripciones de la Ley 1.875 y del Código de Minería. Afirma que obtuvo la correspondiente licencia ambiental, la que fuera renovada en el año 2007.

Refiere que la explotación del yacimiento de áridos es a cielo abierto, mediante el uso de palas cargadoras y topadoras para el desmonte del material estéril y cubierta vegetal que recubre el manto mineral, el que posteriormente es utilizado para reconstruir el suelo original.

Explica que se separa el material estéril en acopios y luego se procede a la explotación de la sustancia mineral, para lo cual y mediante cargadoras frontales, se divide el manto mineral en franjas de aproximadamente 100 metros de longitud por 25 de ancho, y se procede a su extracción hasta una profundidad de 2 metros.

Posteriormente éste es procesado y lavado mediante la utilización de planos inclinados y zarandas mecánicas para la separación granulométrica de los minerales.

Señala que abastece el mercado de áridos, que utilizan las empresas, entre ellas a S&M VIAL S.A. y PLUS PETROL COMPANY S.A., para la construcción de locaciones petroleras dentro de las áreas hidrocarburíferas yacimientos "Centenario" y "El Porvenir", conforme certificaciones de ambas empresas, que acompaña como prueba documental. También expresa que provee al mercado local de la ciudad de Plottier para la construcción de obras civiles.

Manifiesta que al momento de la expropiación la cantera se encontraba en plena explotación y registrada en la cartografía minera oficial, circunstancia que fue ignorada y condujo al Tribunal Provincial de Tasaciones a ponderar de manera defectuosa el bien a expropiar. Por ende arribó a una indemnización irrisoria que no guarda relación con el valor real del bien sujeto a expropiación.

Precisa que el volumen de extracción mensual era de aproximadamente 21.600 toneladas, y en consecuencia, no se trata de un mero yacimiento con una hipotética perspectiva de ganancia, sino por el contrario, constituye una unidad productiva cuya explotación se truncó por el presente proceso expropiatorio.

Explicita el régimen de clasificación legal de las sustancias minerales. En tal sentido, indica que la cantera se encuentra comprendida en los de la tercera categoría, las cuales pertenecen únicamente al propietario, quien tiene un derecho exclusivo de explotación derivado de su título de dueño del terreno y nadie puede explotarlo sin su consentimiento, salvo por motivos de utilidad pública.

Afirma que el valor objetivo del bien a expropiar está compuesto por el valor del terreno en sí, a razón de pesos por hectárea o fracción, con más el valor del recurso minero asociado geológicamente al suelo; es decir, el valor mineralógico adicionable a las características objetivas del inmueble a efectos de su valuación.

Solicita se libre cheque por el monto depositado y se impute a cuenta del mayor valor reclamado en las presentes.

Manifiesta que efectúa reserva del Caso Federal.

3. Abiertos a prueba los autos a fs. 294 se tienen por recibidos los siguientes expedientes administrativos, remitidos por la Dirección General de Minería: "FEDERICO SAAD S/ PUNTO DE EXTRACCIÓN DE ÁRIDOS" (Expte N° 278, F° 878 Año 2001), "POLICÍA MINERA S/ INFORME DE IMPACTO AMBIENTAL" (Expte N° 283/01), "INFORME DE IMPACTO AMBIENTAL DEL REGISTRO DE LA DIRECCIÓN PROVINCIAL DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE" (Expte N° 2753/05)", "ACTUALIZACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EXPTE 278/1" (Exte N° 3381-0001637/05).

Se designa consultor técnico y peritos geólogo, contador y tasador (fs. 26/32).

A fs. 335/338 obra pericia geológica elaborada por el Lic. en Ciencias Geológicas Juan Carlos Danieli en la cual se valuó el yacimiento en U$S 965.268,50.

A fs. 343/344 vta., la actora la impugna, y es contestada a fs. 378/382.

A fs. 370/376 el perito tasador presenta informe valuativo de la cantera de áridos existente en el inmueble sujeto a expropiación, y determina el valor actual en la suma de $ 3.216.678.

A fs. 395/399 obra la evaluación técnica contable que fija el valor actual neto del yacimiento en la suma de $ 3.677.673.

4. A fs. 464/467 vta. y 469/475, obran alegatos de ambas partes.

5. A fs. 479/484 vta., la Jueza de Primera Instancia dicta sentencia, hace lugar a la expropiación a favor de la Provincia del Neuquén del inmueble objeto de los presentes. Determina como monto indemnizatorio la suma de $ 3.080.943,09, y teniendo en cuenta que los demandados percibieron $ 2.856,00, condena a la actora a abonar a los expropiados un total de $ 3.078.087,09.

Impone las costas a la expropiante (Arts. 41 1° párrafo párrafo in fine, de la Ley 971 y 68, 2° párrafo, del C.P.C. y C.).

Para así decidir, considera que el punto en litigio se circunscribe a determinar el valor del bien expropiado.

Refiere que el tribunal de tasaciones determinó como monto indemnizatorio la suma de $ 2.856.00, conforme surge de las intimaciones efectuadas por carta documento a los titulares registrales del inmueble -obrante en el expediente administrativo N° 3865-1795/07 -procedimiento de expropiación Lote 41

I-conforme a la Ley 2.529 y decreto reglamentario N° 2.063/06 (fs. 17).

Asimismo, señala que de dichas actuaciones surge que los expropiados rechazaron el monto indemnizatorio por estimarlo irreal e injusto, ocasionándoles un daño económico irreparable. Concomitantemente, hacen saber que en el inmueble que se pretende expropiar se ubica una cantera de áridos registrada a nombre de uno de los titulares dominiales y concedida por la Autoridad Minera en Primera Instancia.

Subraya, que si bien la ley de la materia prevé la intervención del Tribunal de Tasaciones no es menos cierto que tiene derecho a la producción de prueba tendiente a demostrar el valor real del bien sujeto a expropiación.

A la luz de lo antedicho, el pronunciamiento de grado sostiene que en el particular resultan relevantes, a los fines de la determinación del valor del inmueble objeto de la presente expropiación, las periciales realizas en la causa, en especial la geológica y la de tasación.

Tiene por acreditado que en el inmueble se encuentra ubicada una cantera de áridos, y por probado que si bien al momento de la expropiación la cantera no se encontraba en plena explotación, ésta se habría llevado a cabo con anterioridad al inicio de la expropiación.

Destaca que la pericia geológica (fs. 335/338) establece el valor de tasación del yacimiento en la suma de $2.844.875,52, y que este informe es corroborado y complementado por el dictamen del perito tasador- el cual no mereció objeciones- y determinó el valor actual del yacimiento en la suma de $ 3.216.678 (fs. 370/376).

De seguido, hace mérito del informe contable -el que tampoco fue impugnado por las partes- en el que se fijó el valor neto del yacimiento minero en la suma de $ 3.677.673.

Expresa, la sentenciante, que sin perjuicio de los diferentes montos a que arribaron los peritos, los demandados aportaron prueba del justiprecio del valor del bien que se acerca más a las sumas determinadas por las distintas pericias que al establecido por el Tribunal de Tasaciones de la Provincia.

Con base en las consideraciones expuestas ut-supra, establece como indemnización por el inmueble expropiado la suma de $3.080.943,09 a la que deberá deducirse la ya percibida de $2.856. En consecuencia, condena a la Provincia del Neuquén a abonar a los expropiados la suma de $ 3.078.087,09.

Impone las costas a la actora (Arts. 41, 1° párrafo in fine, de la Ley 971 y 68, 2° párrafo, del C. P. C. y C.).

6. A fs. 493/494 la actora apela el decisorio.

En la misma pieza recursiva desiste parcialmente, con cita de los Arts. 42 y 7 de las Leyes 804 y 971 respectivamente. Limita la expropiación a una superficie de 8.276,50 m2, que afecta la traza de la obra sobre el inmueble. A tales efectos, acompaña copia del plano efectuado por el Ente Provincial de Agua y Saneamiento, que detalla el área que deberá expropiarse (fs. 492).

Afirma que mediante el Decreto N° 131/10 -que adjunta-el Estado provincial se encuentra desinteresado de expropiar la totalidad del lote porque el fin de utilidad pública declarado mediante la Ley 2.509/06, ha cambiado toda vez que el proyecto fue modificado en su matriz inicial y en consecuencia, el sentido de utilidad pública oportunamente dispuesto.

Explicita que el propósito primario de poner en producción las tierras lindantes a la obra de un canal a cielo abierto fue variado por un acueducto con el único fin de abastecer de agua potable a las ciudades de Neuquén, Plottier y Senillosa.

Manifiesta que, en consecuencia, cesó la voluntad expropiatoria del Estado provincial sobre la mayor fracción del inmueble.

Cita doctrina y jurisprudencia que entiende aplicable al caso.

A fs. 495 el A-quo concede el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, libremente y con efecto suspensivo.

Contra esta providencia la actora interpone revocatoria con apelación en subsidio.

Se agravia porque la judicante de grado se limitó a conceder la apelación, sin resolver el desistimiento parcial de la acción formulada.

Afirma la procedencia del desistimiento porque la sentencia no se encuentra firme (Art. 42 de la Ley 804) y ha sido además modificada la cuantificación del objeto del presente proceso, no manteniéndose el fin de utilidad pública sobre la mayor fracción del inmueble, conforme lo dispuesto por el Decreto N° 131/10.

A fs. 498, el A-quo no hace lugar a la revocatoria interpuesta. Expresa que al conceder la apelación contra la sentencia dictada en autos se desprendió de la jurisdicción para entender en la causa. Se debe estar a lo dispuesto en el último párrafo de fs. 495. Sin perjuicio de ello, concede el recurso de apelación interpuesto en subsidio al tiempo de impetrar la revocatoria.

A fs. 502/503 la parte demandada contesta el traslado conferido, expresa su coincidencia con los argumentos, por los cuales la judicante rechazó la revocatoria.

Por otra parte, adelanta su oposición al desistimiento parcial de la acción porque, según alega, los motivos esgrimidos carecen de entidad.

En tal sentido, subraya que de la norma que acompaña la actora no surge la modificación del objeto de la expropiación, y alega que dada la fecha de la misma la expropiante estaba en condiciones de "incorporar" esta nueva situación desde mucho tiempo atrás (fs. fs. 503).

7. A fs. 524/527 vta., la Sala III de la Cámara de Apelaciones local hace lugar al desistimiento parcial de la acción formulada por la Provincia de Neuquén, impone las costas de Primera Instancia a cargo de la expropiante, y las de Alzada por su orden.

En cuanto a la base de cálculo para la regulación de honorarios de los letrados intervinientes, estima que ella debe conformarse con la valuación a realizar por el Tribunal Provincial de Tasaciones sobre la superficie efectivamente expropiada.

8. Dicha resolución es impugnada mediante los recursos extraordinarios locales por la demandada a fs. 537/559.

Encauza sus agravios por los carriles de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de la Ley. Funda el primer remedio en omisión de cuestiones esenciales y el segundo, en el inciso b) del Art. 15° de la Ley 1.406.

Sobre la causal de infracción legal, expresa que el fallo en crisis incurre en una errónea aplicación de los Art. 41 y 42 de la Ley 804, modificados por la Ley 971.

Con relación a la infracción al Art. 42 de Ley 804 (modificado por el Art. 7° de la Ley 971), manifiesta que la sentencia del Ad-Quem soslaya que la norma en cuestión exige que el desistimiento de la expropiación sea determinado por ley, en tanto el legislador no delegó en el Poder Ejecutivo la potestad de desafectación de la utilidad pública, constituyendo un caso típico de reserva de ley.

Respecto a la infracción al Art. 41 de la Ley expropiatoria provincial, aduce que a los fines indemnizatorios e incluso para el supuesto de hacerse lugar al desistimiento, la base de cálculo está constituida por la diferencia entre la suma de pesos ofrecida $2.856 y la indemnización fijada por el remanente de la expropiación, la cual surge de la valuación del yacimiento sobre el remanente de 8.276,50m2, que es $ 300.000 aproximadamente.

Por el carril de Nulidad Extraordinario, señala que la sentencia en crisis omitió decidir sobre cuestiones esenciales. Ello así, porque al hacer lugar al desistimiento parcial de la acción mantuvo la expropiación sobre una superficie

remanente que quedó determinada en 8.276 metros2. No obstante, omitió fijar el monto indemnizatorio sobre dicha superficie, la que -según expresa- forma parte del yacimiento minero.

Agrega que el régimen legal establecido por el Código de Minería de la Nación con relación a los minerales de la tercera categoría, supone que la expropiación de la superficie también afecta al subsuelo, dada la imposibilidad de hecho de separar el dominio superficiario del correspondiente al yacimiento.

Asimismo, afirma que el Art.18 de la Ley 804 establece que la indemnización de establecimientos mineros será igual al valor de origen o de revalúo de los bienes desde la fecha de éste.

Objeta la falta de pronunciamiento de la Alzada sobre el valor real de la superficie remanente y el reconocimiento de que tal superficie es parte del yacimiento minero.

Sostiene que el decisorio en crisis también desconoció la normativa del Art. 17 del mencionado texto legal.

9. Mediante Resolución Interlocutoria N° 63/13 se declaran admisibles los recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley con sustento en los Arts. 18°-segundo párrafo- y 15°, inciso b), de la Ley 1.406, circunscripto a la infracción del Art. 41 de la Ley 804.

10. A fs. 590/591, el señor Fiscal General ante el Cuerpo concluye que la Cámara de Apelaciones incurrió en omisión de cuestión esencial y en consecuencia, propicia se declare la nulidad de la sentencia. Ello así, porque sostiene que la Alzada no sólo omitió expedirse sobre el valor de la superficie a expropiar, sino que tampoco hizo referencia a modalidad alguna para determinar el justiprecio. Agrega que aun para el supuesto de considerar que la fijación del monto indemnizatorio sea una cuestión propia de las instancias de grado, igualmente se omitió la enunciación de parámetros que permitan arribar a ella.

II. Ingresando al estudio del tema debatido, cabe señalar que, cuestionado el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones mediante los recursos de Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad Extraordinario, se debe comenzar por el análisis de este último. Porque, en primer lugar, corresponde determinar la validez de la sentencia, puesto que si surgiera la ausencia de dicha condición sine qua non, el tratamiento del recurso de Inaplicabilidad de la Ley carecería en absoluto de sustento cierto (cfr. Acs. Nros. 108/94, 117/95, 11/98, 04/03, 10/03, 71/05 y 33/06, entre otros).

El vicio denunciado ha recibido consagración legislativa dentro del andarivel recursivo intentado, en tanto el artículo 18° de la Ley 1.406 declara la procedencia del recurso de Nulidad Extraordinario "cuando se hubiere omitido decidir cuestiones esenciales sometidas por las partes de modo expreso y oportuno al órgano jurisdiccional...", estando comprendidas en este precepto -según la célebre clasificación de Genaro R. Carrió- las causales de arbitrariedad susceptibles de descalificar el acto jurisdiccional... a) omisión en considerar y resolver ciertas cuestiones oportunamente propuestas (cfr. aut. cit. El recurso extraordinario por sentencia arbitraria, Tercera Edición Actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 57/8, 65).

Pues bien, siguiendo al doctrinario que se viene citando, se impone recordar que, si bien es cierto que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos, no es menos cierto que resulta necesario dar respuesta a aquellas defensas fundamentales para repeler la acción. Es decir, si la sentencia hace mérito con claridad de los elementos del juicio suficientes para la solución del pleito, no adolece de la tacha de arbitrariedad (FALLOS: 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 251:244; con citas de 248:28, 385, 544 y otros). Como tampoco, si esa tacha se funda en la simple discrepancia del apelante con la apreciación de los hechos y la interpretación de la prueba efectuada por los jueces de la causa (FALLOS: 235:462; 249:354 y 683; 250:132; 251:245; 251:453; 253:66; 253:354, etc.) (idem, p. 198/9).

Bajo esa misma óptica, tiene dicho este Tribunal que no cualquier omisión acarrea la extrema sanción de nulidad, sino que debe necesariamente tratarse de una cuestión decisiva y gravitante, susceptible de influir en la decisión integral del litigio (Ac. Nros. 58/88, 166/96, entre otros), pues la obligación de resolver las cuestiones esenciales no implica la de refutar o hacerse cargo de cada uno de los argumentos de las partes (R.I. N° 70/98 del Registro de la Actuaria).

Que dos son los vértices, como mínimo, que deben tenerse en cuenta en este juicio de procedencia de un recurso que persigue la nulidad. Por un lado, no perder de vista que la nulidad es el último remedio al que debe apelarse entre las

múltiples soluciones que brinda el mundo jurídico. Y que por ello, es pasible de un análisis riguroso a la luz de una interpretación restrictiva.

Por otro, la finalidad misma del recurso extraordinario de nulidad, que consiste en resguardar las formas y solemnidades que constitucionalmente deben observar los jueces en sus sentencias, de modo tal que ellas no sean deficientes o nulas por poseer algún vicio o defecto procesal que así las torne (errores in procedendo según la clásica distinción de Calamandrei, cfr. Roberto O. Berizonce, "Recurso de Nulidad Extraordinario", en la obra Recursos Judiciales dirigida por Gozaíni, Edit. Ediar, 1991, pág. 193, citado en Ac. Nros. 176/96 y 57/06 del Registro de la Sec. Civil).

Que constituyen cuestiones esenciales para el Juez revisor los agravios formulados y las defensas sustanciales introducidas contra ellos por la contraria; resultan tales aquellos que integran los capítulos básicos del tema llevado a decisión, demarcando su ineludible territorio, y de cuya consideración concreta no puede prescindirse sin parcelar la solución correcta de la litis por la gravitación que tienen o pueden tener en el resultado final (cfr. Ac. Nº 9/2000 del Registro de la Actuaria).

III. Liminarmente, debemos destacar que el instituto de la expropiación esta previsto en la Constitucional Nacional, así el Art. 17 reza:

"La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada […]"

En términos similares lo reconoce el Art. 24 de nuestra Constitución provincial.

De modo que el carácter inviolable del derecho de propiedad tiene expresa consagración constitucional, en tanto el Estado y/o los particulares no pueden privar a una persona de manera arbitraria o restringirlos, más allá de lo razonable, de suerte tal que conlleve a su anulación o alteración.

La función social de la propiedad es el fundamento del instituto de la expropiación, es decir la apropiación de un bien por el Estado con fines de utilidad pública, mediante calificación por ley y previo pago de la indemnización.

Constituye un acto unilateral por parte del Estado con finalidades de bien común, de modo que no existe en ella consenso entre partes, es sólo la expresión de la voluntad del Estado dirigida a la satisfacción del interés general.

Es por ello, que los criterios que fundamentan la determinación de la indemnización constituyen los fundamentos de equidad y justicia de la ley expropiatoria.

Y como ya lo expresara ut-supra, la indemnización debe realizarse de manera previa a la expropiación (Arts. 17 de la Constitución Nacional y 24 de la Constitución Provincial).

Si bien, la Constitución Nacional, no establece de forma expresa el recaudo de que la indemnización sea justa, su construcción ha sido efectuada por el Máximo Tribunal de la Nación, así ha dicho:

"[…] la indemnización debe ser integral; el valor objetivo del bien no debe sufrir disminución ni desmedro alguno, ni debe el propietario experimentar lesión en su patrimonio que no sea objeto de oportuna y cumplida reparación.

Que esto es así porque la expropiación, tal como está legislada en nuestra Constitución, es un instituto concebido para conciliar los intereses públicos con los privados. Y la conciliación si éstos sacrifican sustancialmente aquellos y si no se compensa al propietario la privación de su bien, ofreciéndole el equivalente económico que permita, de ser posible, adquirir otro similar al que pierde en virtud del desapoderamiento […]" (FALLOS: 268:325; 489,510; 269:27; 271:198).

Ahora bien, como lo sostuviera en mi voto en la causa: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ SORZANA, JUAN CARLOS Y OTROS S/ EXPROPIACIÓN" (Ac.15/15), el proceso de expropiación se constituye mediante un sistema de normas rituales específicas diferentes a la del rito civil, cuyo objetivo tiende a que expropiante y expropiado procuren arribar a un acuerdo en la instancia administrativa, a la equidad de las prestaciones, y, llegado el pleito a la instancia judicial, exista mesura en las pretensiones.

La Ley 804, dictada por el legislador provincial en ejercicio de poderes no delegados (Art. 121 de la Constitución Nacional), diseña el proceso expropiatorio en sus etapas administrativa y judicial que se inicia con la declaración legislativa de utilidad pública y finaliza con el pago de la indemnización previa e integral y consiguiente transferencia al dominio del expropiante.

Así entonces, el régimen expropiatorio provincial establece los conceptos que integran el monto indemnizatorio, es decir, su extensión y alcances.

Y de lo que en rigor se trata en las presentes actuaciones, es si corresponde o no la determinación del valor del remanente del bien expropiado y su consecuente indemnización, de lo cual resulta necesario precisar el régimen provincial al respecto, el que en su artículo 17 dispone:

"La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y de los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta las circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ni ganancias hipotéticas. No se pagará lucro cesante. Tampoco se considerará el valor panorámico o el derivado de hechos de carácter histórico.

Asimismo, el valor de los bienes debe estimarse por el que hubieran tenido si la obra no hubiese sido ejecutada ni aún autorizada."

Ahora bien, y tal como lo ha señalado reiterada jurisprudencia de la C.S.J.N., el valor objetivo está dado por el precio corriente que el bien tiene en el mercado, es decir su valor venal, de suerte tal que su fijación restituya al propietario un idéntico valor económico con relación al que es privado (FALLOS: 327: 38; 244: 499; 268: 112, 221:187, 258:179).

Dicho valor de mercado presenta una doble faz: evidencia un indudable carácter objetivo en tanto es generado como resultante del accionar anónimo de los operadores en el mercado y cumple el recaudo de dejar indemne al expropiado en tanto es el que posibilita cubrir el costo de reposición.

En tal sentido la C.S.J.N. tiene dicho:

"Para dejar indemne al propietario, debe cubrir el costo de reproducción o de reposición, es decir, lo que habría que invertir para obtener actualmente, un bien igual al de que se trata. Ese costo de reproducción o reposición bien puede asimilarse al valor real y actual al que alude el art. 11 de la Ley 24.283. De ese modo la indemnización resulta justa y no se constituye en motivo u ocasión de lucro para las partes expropiantes o expropiados (arts. 17 de la Constitución Nacional y 2511 del Código Civil) (Fallos: 329: 5467, Sociedad Anónima Compañía Azucarera Tucumana s/ quiebra, 28/11/2006, LL 2207-B,22)).

Asimismo, y como lo ha declarado la jurisprudencia, a los fines de determinar la indemnización, si bien el dictamen del Tribunal de Tasaciones, es en principio de importancia decisiva, no obliga a la judicatura, la cual puede apartarse de sus conclusiones cuando haya cometido errores manifiestos o no haya tenido en cuenta circunstancias relevantes que influyen en la apreciación de los valores (FALLOS: 148:354; 148:351; 227:795; 254:441; 111:331, citados en Tratado de Derecho Civil, BORDA, Guillermo, 5a. Edición, Tomo I, La Ley, Buenos Aires 2008, págs. 362 y 363).

Sentadas las pautas generales del instituto de la expropiación, debemos ingresar a la consideración del desistimiento parcial de la acción expropiatoria formulada por la actora.

El Art. 42 de la Ley 804, modificado por el Art. 7 de la Ley 971 contempla las pautas de su procedencia:

"El expropiante podrá desistir del juicio o del trámite administrativo previo si resultase evidente que el fin de utilidad pública tenido en cuenta no mantiene su autenticidad y racionalidad. Para ello se necesitará una ley que así lo determine, la cual podrá dictarse mientras no haya recaído sentencia firme definitiva en el juicio o en cualquier momento durante el trámite administrativo […]"

Mediante la Ley 2.529 -promulgada por Decreto 1.875/06- en su Art. 1° se establece:

"Declárense de utilidad pública y sujetas a expropiación las tierras que componen el área bajo estudio del Proyecto Mari Menuco- Confluencia, las que se especifican en el Anexo I que forma parte de la presente Ley y están comprendidas en la superficie circunscripta por la poligonal de acuerdo al sistema de referenciación geográfica Gauss Kruger, de conformidad al utilizado por la Dirección Provincial de Catastro para la individualización de parcelas."

Y el texto legal bajo examen, en su Art. 2°, autorizó al Poder Ejecutivo a expropiar las parcelas necesarias, en un todo de acuerdo con la Ley provincial 804 y sus modificatorias, para cumplir con la concreción del Proyecto Multipropósito Mari-Menuco-Confluencia, con destino a la provisión de agua potable a las localidades de Neuquén, Plottier, Centenario, Senilllosa y Vista Alegre, y poner bajo riego las tierras más aptas para la producción.

En el marco de esta normativa se dictó el Decreto 1.514/07, por el cual se determina la expropiación de los lotes que se especifican en el Anexo I de la Ley 2.529.

Con posterioridad, se dictó el Decreto 0131/10 el que autorizó al Fiscal de Estado, en el marco del Decreto precedente, a expropiar en forma exclusiva la traza que afecta los lotes detallados en el Expediente N° 3865-015126/06 Alcance 00048/09 del registro del Ente Provincial de Agua y Saneamiento dependiente de la Secretaría de Estado de Recursos Naturales, relacionada con las obras denominadas "Conducción principal y obras complementarias –Sistema de abastecimiento y riego-Mari Menuco–Confluencia tramo II: progresiva 15.800 hasta progresiva 39.600.

Y en virtud de esta normativa, el Estado Provincial desistió de la acción parcialmente, reduciendo el área a expropiar a una fracción individualizada en el plano obrante a fs. 492, como Lote catastral 092048740000, con una superficie total de 8.246,50m2.

El principio dominante en la materia es el que postula, tal como lo establece el texto legal, el reconocimiento de la facultad del Estado para desistir de una expropiación si cesa la utilidad pública previamente declarada de los bienes.

En tal sentido la C.S.J.N. ha sostenido:

"[…] resulta innegable la facultad del expropiante de desistir de la acción en tanto no haya mediado perfeccionamiento cuando circunstancias sobrevinientes o hechos anteriormente desconocidos demuestre, a juicio de los poderes políticos del Estado, que la utilidad pública declara no existe o ha desaparecido" (FALLOS:304:1484; 310:190 y 2717: 311:119).

También la ley expropiatoria establece en qué momento el expropiante puede desistir de la expropiación. Y específicamente la Ley 804 y su modificatoria lo fija mientras no haya recaído sentencia firme en el juicio.

Ahora bien, ingresando en la cuestión específica referenciada, es decir el desistimiento parcial de la acción expropiatoria, cabe considerar que el Art. 42 de la ley 804 modificado por el Art. 7 de la ley 971 establece:

"El expropiante podrá desistir del juicio o del trámite administrativo previo si resultase evidente que el fin de utilidad pública tenido en cuenta no mantiene su autenticidad y racionalidad. Para ello se necesitará, una ley que así lo determine la cual podrá dictarse mientras no haya recaído sentencia firme definitiva en el juicio, o en cualquier momento durante el trámite administrativo […]"

Claramente se advierte el carácter de institución de derecho público que reviste la expropiación, y en virtud de ello, la cuestión, se ciñe a establecer en que momento el expropiante puede desistir de la expropiación.

Nuestro Máximo Tribunal sostuvo como criterio que pagado el precio convenido o establecido en la sentencia se produce la transferencia de la propiedad (Fallos: 180:48, 304:1484), es decir antes de ese acto, como lo señala Bielsa "no hay expropiación y puede desistir el expropiador (aut. cit. "Derecho Administrativo", t.4, p.492, 6a ed. año 1965, citado por CANASI, Jorge "El desistimiento del Estado expropiante en el juicio de la expropiación inversa o indirecta" La Ley, 1983-B-,165 comentario al fallo de la CNApel, en lo Civil, Sala E, 1982-08-10 D Amanto José I. c. Municipalidad de la Capital")

Dentro del marco jurídico señalado, cabe analizar la pieza sentencial impugnada, para determinar a la luz de las constancias obrantes en los presentes, si se evidencia la concreción del vicio denunciado.

El decisorio de la Alzada hizo lugar al recurso de apelación y declaró la validez del desistimiento parcial de la expropiación, reduciendo el área a expropiar a una superficie de 8.276,50m2, en los términos del Art. 42 de la Ley 804, modificado por el Art. 7° de la Ley 971.

Empero, omitió resolver el valor de la nueva superficie a expropiar, y/o determinar de manera concreta el procedimiento a seguir para adecuar el monto indemnizatorio correspondiente al remanente efectivamente expropiado.

Finalmente, se advierte que la Cámara de Apelaciones resolvió que la base de cálculo para la regulación de los honorarios profesionales, debía conformarse en base a la valuación a realizar por el Tribunal Provincial de Tasaciones sobre los 8.276,50m2.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿dicho cálculo dirigido a la regulación de honorarios se identifica con la valuación del inmueble? La respuesta es negativa, por la simple razón de que la Cámara de Apelaciones no estableció que dicha tasación constituiría el valor de indemnización del inmueble expropiado.

Como corolario de lo expuesto y de acuerdo a las constancias de autos, entiendo que se acreditó, en el caso, que el Ad-quem incurrió en la causal denunciada por la quejosa -omisión de cuestión esencial –al no fijar el monto indemnizatorio.

En consecuencia, corresponde declarar procedente el recurso de Nulidad Extraordinario deducido por la parte demandada por el motivo casatorio previsto en el Art. 18°, 2° párrafo de la Ley 1.406 e invalidar el pronunciamiento recurrido. Ello así, deviene abstracto el tratamiento del remedio de Inaplicabilidad de Ley impetrado por idéntica parte.

IV. Que invalidada la sentencia recurrida por los motivos expuestos en los considerandos precedentes, y a la luz de lo prescripto por el Art. 21° del ritual corresponde su recomposición a fin de determinar el monto indemnizatorio de la superficie efectivamente expropiada.

Para ello he de seguir los dictámenes obrantes en la causa producidos por los distintos expertos que intervinieron.

El perito geólogo dictamina a fs. 337/338 respecto a la inspección a terreno indica:

"[…] Observase en el sitio una cava de unos 90 metros de longitud en sentido N-S por unos 40 en sentido E-W, cuyo perímetro y profundidad de excavación corresponden a las indicadas en el relevamiento topográfico del informe técnico obrante en autos. La cantera se encuentra sin actividad, según indica el Sr. Saad desde fines del año 2007, hecho que queda en evidencia a juzgar por el estado de los frentes de explotación en varios casos colonizados ya por vegetación. Se agrega a ello la invasión de desechos plásticos esparcidos en la cava, provenientes de los galpones instalados sobre el flanco W de la cantera para almacenamiento y montaje de los tubos de PVC de las obras correspondientes al acueducto (ver. Anexo Fotografías).

"La cava se ha desarrollado sobre acumulaciones semiconsolidadas de cantos rodados, gravas y arenas cementados por carbonato de calcio. Desde el punto de vista geomorfológico, estos depósitos corresponden a remanentes de antiguas planicies aluviales, pudiendo diferenciarse en la región distintos niveles ubicados entre las cotas de 500 a 300 metros".

"Aun cuando grosera la imbricación de los rodados indica direcciones de paleocorrientes orientadas al SE, hacia el nivel de la base regional regulado en esta zona por la confluencia de los ríos Limay y Neuquén."

[…] Los trabajos de exploración realizados por el titular en el entorno de la cava, dentro de la propiedad, permiten apreciar la continuidad de las acumulaciones así como el espesor de la capa superior. El sólo hecho de observar las características de los materiales removidos a lo largo de la traza del ducto(rellenada y cubierta con los mismos productos de la excavación) da clara indicación de estas condiciones, como así de la constitución litológica de las capas infryacentes".

"Puede agregarse a ello, las evidencias que constituyen explotaciones similares unos 2 km al SE de esta cantera(ver Anexo I) en donde pueden observarse similares características litológicas y de yacencia, con lo cual quedan suficientemente acreditadas las cifras de reservas aprovechables dentro de la propiedad, obrantes en el informe geológico presentado por la consultora técnica".

El experto concluye que:

1) El sitio inspeccionado corresponde a una cantera de áridos, en la cual existen reservas probadas y probables, que se aproximan a las 994.384 toneladas, a razón de 21.600 toneladas por mes y 259.200 anuales, el plazo de vida útil del yacimiento es de 46,03 meses, expresados anualmente equivale a 3,83 años.

2) Dichas sustancias minerales son aprovechables económicamente.

3) El valor comercial en el mercado regional de las sustancias minerales existentes varía entre $ 10 y $ 45 el metro cúbico según la clasificación de estas sustancias expresadas en el informe.

Es decir, el perito geólogo describe las características a la vista de la cantera, con los materiales observados determina las cotas (entre 500 y 350 metros) en las cuales aparecen éstos y confirma la aptitud y calidad de los mismos, mediante

el análisis adjunto, efectuado por el Laboratorio Central dependiente de la Dirección Provincial de Minería y Planilla de Granulometría (vide. fs. 333 y 334).

De acuerdo a lo dictaminado por el experto se trata en el caso de materiales paleocauces, cuya extensión excede el ámbito de la cantera y del trazado del ducto, y el experto llega a la conclusión de que la zona o área en el cual se ubica éste manifiesta iguales características que la cava.

Este extremo es desconocido por la expropiante.

En efecto, al contestar el recurso de Nulidad Extraordinario manifiesta que

"[…] la supuesta cantera de áridos no se encuentra en la superficie que en definitiva es objeto de expropiación" (sic. fs. 567 vta., párrafo primero).

La existencia del mineral en la traza del ducto es un extremo fáctico que llega firme a esta instancia extraordinaria. Y ello es así, en tanto el informe del experto fue impugnado por la actora, (cfr. fs. 343/344 vta.). El perito geólogo efectuó las aclaraciones y ampliaciones a fs. 378/382, y estableció el valor presente de los beneficios en la suma de $2.844.875,52.- Ante ello, el expropiante guardó silencio.

Cabe destacar, que de acuerdo a las constancias de autos (fs. 335), se observa en el terreno una cava de unos 90 metros de longitud N-S por 40 metros en sentido E-W, cuyo perímetro y profundidad de excavación corresponden a las indicadas en el relevamiento topográfico del informe técnico obrante en la causa.

Asimismo, el experto describe que la cava se desarrolló sobre acumulaciones semiconsolidadas de cantos rodados, gravas y arenas cementadas con carbonato de calcio, cuya presencia también se advierte en la traza del ducto (fs. 336). Y ello es suficiente confirmación tanto de la existencia como de la yacencia de los minerales en cuestión lo cual se explica porque no estamos en presencia de un trabajo técnico de demostración de espesores, calidades y confirmación mediante perfiles de suelo y/o corte, sino ante un trabajo práctico, llevado a cabo in situ que no requiere otro soporte, porque no se trata de un trabajo de investigación.

Y lo que no es un dato menor, al observar la traza del ducto, el perito confirma la existencia del material que ha sido removido y el cual es homologado con el material existente en la cava (vide fs. 336).

A fs. 370/376 el perito tasador presenta el Informe Valuativo:

Informa que de acuerdo a lo dicho por el Tribunal de Tasaciones de la Nación, dependiente del Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios de la Nación

[…] "el valor de los yacimientos y/ o canteras (pétreas, terrosas y calcáreas) que se encuentren en explotación al momento de la tasación se establecerá sobre la base de los beneficios previstos para producir y colocar en plaza el material o producto obtenible. Se utilizará a tales efectos el Método de Rentabilidad. para ser considerado un inmueble como cantera y/o yacimiento deberá cumplimentar los requisitos exigidos por el Código de Minería de la República Argentina y/o de la autoridad minera de la jurisdicción y encontrarse al momento de la tasación con manifiesta factibilidad de explotación económica […]"

[…] "Luego de haber realizado la vista ocular a dicha explotación, se observa -tal cual lo manifiesta el Perito geólogo designado en autos- una perforación o cava en el terreno de unos 90m de largo por unos 40m de ancho, donde se han extraídos los respectivos productos para su comercialización. Es necesario puntualizar que dicho inmueble no registra ningún tipo de mejoras, no contando tampoco con servicio alguno".

En relación al procedimiento para determinar el valor actual de yacimiento, explicita el experto que utilizó la fórmula matemática de O Donohue- uno de los procedimientos previstos por el Tribunal de Tasaciones de la Nación en su "Norma TTN 21.0 Tasación de Yacimientos o Canteras, efectuados los cálculos pertinentes determina el valor presente o actual del yacimiento en la de $ 3.216.678.

Por otra parte a fs. 395/399, el perito contable, al responder a los puntos de pericia de la actora, en el punto a), destaca:

"[…] el valor netoque se solicita, no es similar a la tasación de un terreno cualquiera, sino que debe tenerse en cuenta la existencia de una cantera de áridos, que estuvo en explotación. es necesario entonces la intervención de otras

disciplinas que opinen para establecer un valor probable. En ese entendimiento y de acuerdo a lo solicitado se contesta la pregunta aclarando previamente lo siguiente:

1°) Se trata de un yacimiento de áridos con una existencia total estimada de 842.400 toneladas (dirección Gral. de Minería de Neuquén: Expte n° 1278/01) con una extracción mensual estimada de 21.600 Tn. que determina una extracción anual de 259.200 Tn. fijando la vida útil probable de explotación en 3.25 años (3 años y 3 meses).

2°) El "Departamento de Estadística de la Provincia" determinó para el año 2006, una extracción de 3.370 Tn. sobre un total de material extraído de 10.260 metros cúbicos. la actividad siguió hasta fines del año 2007".

3°) Si bien es cierto que existen distintos métodos de valuación, el suscripto considera el más apropiado el "Método de precio de venta al Mercado", para lo cual necesariamente toma datos de autos: existencia total de áridos 842.400 Tn. (prudencialmente estimado de 1,14585 dólares por Tn.) hacen un total de 965.268,5 dólares que representan en pesos argentinos a 3,81 cada dólar un total de $ 3.677.673.

Verificamos entonces que la sentencia de Primera Instancia determinó como indemnización por el inmueble expropiado la suma de $3.080.943,09, y teniendo en cuenta que los demandados percibieron la suma de $ 2.856,00, condena a la Provincia del Neuquén a abonarles la suma de $ 3.078.087.

Si bien el decisorio de grado fue apelado por la actora, a fs.493/494, punto I, el remedio ordinario, como la propia actora lo expresa lo fue sólo a efectos de que la sentencia definitiva no adquiriera firmeza (cfr. fs. 496 bis, párrafo quinto). De modo que no existió agravio sobre el monto indemnizatorio establecido en el fallo de origen, el que por otra parte se basó en las distintas pericias obrantes en la causa.

En consecuencia, corresponde para el cálculo del valor de la menor superficie finalmente expropiada, partir del monto indemnizatorio fijado en la sentencia de Primera Instancia de $3.078.087.

Quiero destacar que a tal efecto se debe tener presente la existencia de depósitos del mineral con valor económico en dicha superficie, conforme el informe pericial obrante a fs. 335/338.

Para dicho cálculo se seguirá el siguiente procedimiento:

La superficie total de 9,52 ha. transformadas a m2 representan 95.200 m2, las que fueron valuadas en $3.078.087,09.-

Atento a que el remanente a expropiar es de 8.276,50m2, la determinación del valor de la superficie resulta del siguiente cálculo:

8.276,50 m2 x $3.078.087,09 = $267.602,82.-

95.200 m2

V. Finalmente, con respecto a la tercera cuestión planteada, corresponde imponer las costas de Segunda Instancia y de la presente a la actora vencida (Arts. 41 de la 804, primer párrafo -modificado por el Art. 7° de la Ley 971- y 12° de la Ley Casatoria).

Asimismo, corresponde establecer la base para la regulación de los honorarios de los profesionales, para la cual se tendrá en cuenta:

"la diferencia entre la suma fijada en definitiva y la cantidad que se ofreció por el Estado provincial ante el Tribunal de Tasaciones […] En ningún caso se tendrá en cuenta para dicho calculo, el monto de los intereses devengados durante la secuela del juicio" (Art. 41 in-fine de la Ley 804 modificado por el Art. 7° de la Ley 971).

El Estado provincial, depositó la suma de $2.856 correspondiente a la Valuación realizada por el Tribunal de Tasaciones del inmueble sujeto a expropiación (cfr. fs. 04), por la totalidad de la 9,52 hs.,o sea por 95.200m2.

La cifra proporcional de oferta estatal por la expropiación, surge del siguiente cálculo: 8.276,50m2 x $2.856 /95.200 m2 es =$ 248,30.

Por lo tanto, la diferencia entre la suma fijada en definitiva y la cantidad ofrecida por el Estado provincial queda determinada por el siguiente cómputo: 267.602,82. - $248,30 = $267.354,52.-, cifra que constituye la base regulatoria.

Consecuentemente, corresponde regular los honorarios de los profesionales intervinientes en la segunda instancia y en la etapa casatoria. MI VOTO.

El señor Vocal doctor RICARDO T. KOHON dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor OSCAR E. MASSEI y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, y de conformidad Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Declarar PROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinario impetrado por la parte demandada a fs.537/559 contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería –Sala III- de esta ciudad, obrante a fs.524/527vta., nulificando dicho fallo en virtud de la causal prevista en el Art. 18°, 2° apartado, de la Ley 1.406, deviniendo abstracto el tratamiento y consideración del recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por idéntica parte. 2°) Por imperio de lo dispuesto en el Art. 21° del ritual casatorio, recomponer el litigio determinando el monto total indemnizatorio en la suma de $267.602,82.-, correspondiente a la expropiación de del inmueble identificado en autos. 3°) Imponer las costas de Alzada y de la presente a la actora perdidosa (Arts. 41, primer párrafo, de la Ley 804 y 12° de la Ley 1.406). 4°) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en la segunda instancia doctores: ... -apoderado de los demandados- en la suma de PESOS SEIS MIL ($6.000.-); ... y ... -patrocinantes de idéntica parte- en la suma de PESOS QUINCE MIL ($15.000.-) en conjunto; y por la etapa casatoria a ... -apoderado de la parte demandada- en la suma de PESOS CUATRO MIL TRESCIENTOS ($4.300.-), ... y ... -patrocinantes de idéntica parte- en la suma de PESOS DIEZ MIL SETECIENTOS ($10.700), en conjunto (Art. 15 y cc. Ley Arancelaria). 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos.

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

Dr. RICARDO T. KOHON -Dr. OSCAR E. MASSEI

Dra. MARIA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS - Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ VÍA BARILOCHE S.R.L. S/ APREMIO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 159/2009) – Acuerdo: 50/15 – Fecha: 01/12/2015

DERECHO TRIBUTARIO: Prescripcion.

EJECUCION FISCAL. CODIGO FISCAL. PRESCRIPCIÓN. INTERRRUPCION DE LA PRESCRIPCION. ACTO ADMINISTRATIVO. INCONSTITUCIONALIDAD.

Conforme la postura fijada por este Alto Cuerpo en autos "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ BAGGIO HORACIO HAROLDO S/ APREMIO" -Ac. Nro. 22/15-, mal puede otorgársele efectos interruptivos a la boleta de deuda generada el 15 de octubre de 2002 por contravenir abiertamente los fundamentos y fines máximos que sustentan el sistema de la prescripción liberatoria y establecer plazos extintivos de las obligaciones tributarias superiores a los cinco años; debiéndose declarar -aquí también- a la invalidez del Art. 127, inciso 2, del C.F. (T.O. 1997), según antecedente "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ BAGGIO HORACIO HAROLDO S/ APREMIO" -Ac. Nro. 22/15-.

Texto completo:

ACUERDO N° 50. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, al primer (1°) día de diciembre de dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales

doctores RICARDO T. KOHON y OSCAR E. MASSEI con la intervención de la sub-secretaria Civil de Recurso Extraordinarios doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ VÍA BARILOCHE S.R.L. S/ APREMIO" (Expte. N° 159-año 2009), del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES: A fs. 119/136 vta. se presenta la demandada -VÍA BARILOCHE S.R.L.- a interponer recurso por Inaplicabilidad de Ley contra la sentencia dictada a fs. 110/115 vta. por la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala II, de la Primera Circunscripción Judicial, que confirma el fallo de grado en todo lo que ha sido materia de recursos y agravios.

Corrido el traslado de ley, la contraria contesta a fs. 140/149. Solicita se rechace el recurso incoado, con costas.

A fs. 153 se notifica el Sr. Fiscal General.

A fs. 164/166, por Resolución Interlocutoria Nro. 213/11 este Cuerpo declara admisible el recurso de Inaplicabilidad de Ley incoado por la demandada.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley impetrado? b) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? c) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. RICARDO T. KOHON, dice:

I. 1. Que a fs. 6 y vta. la PROVINCIA DE NEUQUÉN, mediante apoderado, inicia formal demanda de apremio contra VÍA BARILOCHE S.R.L. por la suma de $166.483,91, que se reclaman en concepto de capital, con más sus intereses, gastos y costas del juicio.

Señala que su crédito surge de la boleta de deuda acompañada, expedida (el 14/09/2007) por la Dirección Provincial de Rentas de la Provincia del Neuquén, de conformidad con las previsiones contenidas en el Art. 88, inciso 1° y concordantes del Código Fiscal, de la que surge el importe por el que se demanda.

Que se ofrece subsidiariamente –para el caso de desconocimiento- el expediente administrativo 2753-13006/2001 en el que recayó Resolución Administrativa nro. 713/DPR/01, notificada a Vía Bariloche S.R.L. el 18/12/2001.

2. A fs. 25/33 vta. se presenta la demandada y opone al progreso de la acción excepción de inhabilidad de título y prescripción.

Respecto de la primer defensa opuesta, expone que la presente boleta de deuda no fue emitida el 11/10/2002 sino el 14/09/2007. Y aclara que la boleta de deuda del 11/10/2002 fue ejecutada en los autos caratulados "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ VÍA BARILOCHE S.R.L. S/ APREMIO" (Expte nro. 29.2131/03), decretándose la caducidad de instancia mediante resolución del 19/11/2007 que se encuentra ejecutoriada.

De ahí que -aduce- hay dos boletas de deuda, dos títulos ejecutivos distintos, por los mismos conceptos tributarios, devengados en iguales periodos (01/1996 al 09/1998) y que tramitaron en juicios paralelos por dos meses (hasta que en el primero se decretó la perención de la instancia). Agrega que dichos certificados tienen montos diferentes, el del 11/10/2002 por $102.280,21 y el del 14/09/2007 por un monto de $166.483,91 pero con fecha de cierre al 14/09/2002 (es decir anterior al primer certificado consignado).

Considera que la segunda boleta es falsa en tanto no puede librarse estando pendiente de ejecución la primera y, además, porque se duplicó la deuda.

Acompaña cuadro explicativo con las semejanzas y diferencias de las dos boletas de deuda. Y finaliza aseverando que la segunda es inexistente.

En punto a la excepción de prescripción, alega que tratándose de ingresos brutos de los años 1996, 1997 y 1998 y que la demanda se interpone el 19/09/2007, por aplicación de los Arts. 125 y 126 del Código Fiscal las obligaciones correspondientes a dichos periodos se encuentran prescriptas.

Además, aclara que la interrupción de la prescripción causada por la demanda se tendrá por no sucedida si ha tenido lugar la deserción de la instancia. Y que, aun tomando la fecha en que se notificó la determinación impositiva (18/12/01) hasta la de interposición de la demanda (19/09/2007) transcurrieron más de 5 años.

3. A fs. 39/50 contesta la Provincia de Neuquén las excepciones opuestas.

En prieta síntesis, sostiene que las boletas de deuda son instrumentos públicos abstraídos de la causa que le da origen y que las objeciones relativas a esta última deben ser planteadas en otro tipo de proceso. Opina que no resultan de interés -en la presente- los motivos que llevaron a la emisión de la segunda boleta, intereses que contiene, periodos que comprende, etc. Cuestiones que –dice- deben ser tratadas en el ordinario posterior.

Expresa que el dilema para su parte no es determinar si hay una o dos boletas de deuda sino en que la deuda existe y la elaboración de una boleta de deuda es un acto interruptivo, así como lo es la interposición de la demanda, y que a la fecha de esta última no se encontraba aún decretada la caducidad de instancia en el otro expediente.

Considera que si la boleta fue elaborada en octubre de 2002, lo cual es un acto interruptivo de la prescripción, ello implica que dicha boleta resulta exigible hasta octubre de 2007.

4. A fs. 52/56 vta. obra el fallo de Primera Instancia por el cual se rechazan las excepciones de prescripción e inhabilidad de título articuladas y, por consiguiente, se sentencia de trance y remate la presente causa, mandando llevar adelante la ejecución por la suma de $166.483,91.

En primer término, el judicante de grado analiza la excepción de prescripción.

Expone que el Art. 126, cuarto párrafo, del Código Fiscal, fija que el término para la prescripción de la acción para el cobro judicial de impuestos, tasas, contribuciones, accesorios y multas, comenzará a correr desde que se notifique la determinación impositiva (ésta ha sido notificada en los presentes al demandado el 18/12/2001).

No obstante ello, analiza si, como lo sostiene la actora, existen causales de interrupción del curso de la prescripción, de conformidad al Art. 127, inciso 2°, del C.F.

Primeramente, destaca que, conforme lo sostenido en anteriores pronunciamientos ("PROVINCIA DEL NEUQUÉN CONTRA BAGGIO HORACIO HAROLDO S/ APREMIO" Expte. N° 344994/6, "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ FERRARI JORGE ALBERTO S/ APREMIO", EXPTE. N° 346198/6), encontrándose la confección del certificado de deuda que se ejecuta -en las presentes- dentro de la finalidad señalada por la citada norma, aquél resulta interruptivo del curso de la prescripción.

Por tanto, entiende que el término de prescripción no se encontraba cumplido al 11/10/2002, al tiempo de liquidarse la deuda, ni al de la emisión del certificado de deuda (15/10/2002).

Añade que dicho certificado fue reclamado en autos: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN contra VÍA BARILOCHE s/ APREMIO" (Expte. 292.131/03), del registro del Juzgado de Juicios Ejecutivos n° UNO, iniciado el día "7/02/2003" [en rigor, 5/02/2003]. Que, en dicho trámite, fue planteada la caducidad de instancia por la "actora" [en rigor, ejecutada], la cual se sustancia mediante providencia del 07/09/2007.

Que la actora expide nueva boleta de deuda el 14/09/2007, considerando la liquidación efectuada al 14/09/2002. También relata que dicha boleta es la que se reclama en las presentes actuaciones promovidas el 19/09/2007 y que el planteo de caducidad fue resuelto en forma favorable a la parte demandada el 19/11/2007.

Luego, considera que si bien se encuentra cuestionado el segundo certificado emitido, por considerar que él es inhábil, resulta imprescindible determinar, si el nuevo reclamo judicial efectuado con posterioridad al planteo de la caducidad de instancia pero con anterioridad al pronunciamiento judicial acerca de dicho planteo, posee efectos interruptivos de la prescripción.

Al respecto, expone que teniendo en cuenta que la caducidad de instancia debe ser interpretada en forma restrictiva a favor de mantener vivo el proceso y que no se produce de pleno derecho sino que requiere pronunciamiento judicial (Cfr. T.S.J.N. "Price c/ Robles"), concluye que el efecto interruptivo de la primer demanda subsiste en tanto no sea declarada la caducidad de instancia.

Para reafirmar su postura cita a Toribio SOSA, quien postula que el efecto interruptivo de la prescripción producido por la demanda subsiste mientras no medie la declaración judicial de perención de instancia.

Por lo que –a su entender- toda la actividad desplegada por la actora con la finalidad del cobro de sus acreencias ha resultado interruptiva del curso de la prescripción y, por ello, no hace lugar al planteo de la demandada.

Respecto de la inhabilidad de título, expresa que por tratarse de un instrumento público, el crédito allí contenido y reclamado posee especial certeza (que es de origen legal), y ello responde a su naturaleza estrictamente

administrativa, por ser creado por un organismo público dentro del marco legal correspondiente y en uso de sus atribuciones, con la finalidad de percibir tasas o gravámenes indispensables para el funcionamiento de la administración pública.

Agrega que el certificado acompañado con el escrito inicial, suscripto por el funcionario competente, constituye título ejecutivo suficiente sin que sea posible revisar su proceso de formación, máxime si se tiene en cuenta que la ejecutada no argumenta que se trate de deuda inexistente, cuestión ésta que de haber sido invocada y acreditada hubiera merecido la admisibilidad de la excepción de inhabilidad de título.

Por tanto, entiende que el cuestionamiento dirigido a discutir la legitimidad del crédito del fisco no resulta atendible en esta sede judicial, principalmente si se ha respetado el proceso administrativo para su formación y no se ha menoscabado el derecho de defensa del administrado. Pues –añade-, el ámbito del proceso ejecutivo no resulta ser el adecuado a fin de analizar la composición del certificado y los intereses en él incluidos; y entenderlo de otro modo, significaría habilitar al accionado a discutir la causa de la obligación, circunstancia expresamente vedada en este tipo de procesos por imperio del Art. 544, inc. 4, del C.P.C. y C.

Finalmente, expresa que la limitación de las defensas en esta clase de procesos a los aspectos externos del título, determina que la misma naturaleza de la cosa juzgada formal de la sentencia a dictarse deje abierta la vía para la contradicción amplia en un eventual juicio ordinario en el que el accionado podrá ventilar su pretensión.

5. Disconforme con dicho pronunciamiento, la demandada apela. Expresa agravios a fs.71/89.

Controvierte el rechazo de la excepción de prescripción porque la nueva demanda se entabló cuando el pedido de declaración de caducidad de la instancia en el anterior juicio deducido entre las mismas partes (Expte. N° 292.131/03) ya había sido notificado a la Fiscalía el 13/09/07, conforme surge de la cédula obrante a fs. 53 de aquellas actuaciones.

Asimismo, sostiene que el A-quo al referenciar el fallo del T.S.J. recaído en "PRICE C/ ROBLES S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 134/02), confunde prescripción con caducidad, extrayendo consecuencias de él que no se condicen con su texto y que la única referencia a este último instituto es la que contiene el considerando 3 del fundado voto en minoría del Dr. Federico Gigena Basombrío que justamente, es diametralmente opuesto a lo sostenido por el fallo en crisis.

También se agravia respecto del rechazo de la excepción de falsedad, alegando que el A-quo consideró que su parte no invocó la inexistencia de la deuda, cuando la negó y demostró la presencia de otra boleta por iguales conceptos y también que la segunda era falsa, elaborando un cuadro de comparaciones y diferencias, y el magistrado no dice nada en cuanto a que los intereses difieran en una y otra no ya a la misma fecha, sino a un mes antes (14/09/2002), arrojando un mayor monto.

Por último, se queja de que el A-quo haya meritado que la boleta es un instrumento público, y que por ende, solo redarguyéndolo de falso se lo puede poner en duda, ya sea –dice- alegando que dicho instrumento como acto administrativo lo único que posee es una presunción de legitimidad.

6. La actora en su responde reafirma que, en el presente caso, se está ante una evasión fiscal y que no se puede privilegiar a quien no honra el pago de sus obligaciones.

Además, expresa que es muy difícil afirmar la inexistencia de la deuda, si a la vez se dice que hay dos boletas por la misma deuda, reconociendo su existencia.

7. A fs. 110/115 vta. la Cámara de Apelaciones local, Sala II, -por mayoría- confirma la resolución de grado, con costas al recurrente vencido.

Resuelven, en lo que aquí interesa, que al haberse decretado la caducidad de la instancia en el expediente N°292131/3 no se interrumpió la prescripción de la deuda, siendo aplicable a tal fin lo dispuesto por el Art. 126 primer apartado, del Código Fiscal.

Luego razona que, comenzando con la deuda más antigua, surge que la prescripción correspondiente al pago de ingresos brutos por el período 1996, comenzó a computarse desde enero de 1997, operando en enero de 2002.

Sin embargo -aduce-, la notificación efectuada el 18/12/2001 conforme surge de fs. 218 y vta. del expediente administrativo N° 2753-13006/01, encuadra en la situación de autos, en interrupción de la prescripción, conforme lo

dispuesto en el inciso 2° del Art. 127 del Código Fiscal, ya que en dicha normativa se enuncia cualquier acto administrativo tendiente a obtener su pago.

Añade que la misma suerte correrá la prescripción de la deuda conformada por los períodos 1997 y 1998, ya que aplicando el Art. 126 del Código Fiscal, el plazo de prescripción, corre desde el 1 de enero siguiente al año al cual se refieran las obligaciones fiscales, y para el caso, computando el plazo quinquenal, la deuda expiraba el 1 de enero del año 2003 (para la del año 1997) e igual fecha del año 2004 (para la de 1998).

Así considera que dado que la boleta de deuda fue liquidada al 14/09/02, no existe deuda prescripta.

Con relación al agravio referido al rechazo de la excepción de inhabilidad de título, concuerda con el apelante que la boleta de deuda no es un instrumento público sino, un acto administrativo que goza de presunción de legitimidad. Por ello, entiende que este ámbito no es el propicio para discutir la composición de los intereses resarcitorios aplicados, ni su comparación con los consignados en otra boleta de deuda que aquí no se pretende ejecutar.

En efecto, sostiene que están vedadas en el ámbito de este juicio las controversias relativas sobre el origen del crédito ejecutado, más aún –dice- si del expediente administrativo N° 2753- 13006/01 surge de manera indudable la intervención del demandado en las actuaciones administrativas.

Manifiesta que mal puede hablarse de desconocimiento de una deuda, cuando las constancias del expediente administrativo señalan una extensa tramitación en la conformación del crédito fiscal, y dichas cuestiones –todas- debieron haberse planteado en sede administrativa, o bien deducirse en un proceso de conocimiento.

Por último, considera que el agravio debe rechazarse, sin perjuicio de la posibilidad del apelante de ventilar lo atinente a la conformación de la boleta de deuda, o a la duplicidad con otra que no ha sido título ejecutivo en estas actuaciones, en un adecuado marco de debate, que otorga un juicio de conocimiento.

8. A fs. 119/136 vta. la empresa demandada interpone recurso de Inaplicabilidad de Ley contra dicho pronunciamiento.

Manifiesta, la recurrente, que el decisorio en crisis quebranta los Arts. 4027, inc. 3º, del Código Civil (V.S.), 605 del C.P.C. y C., 70 y 71 de la Ley 1.284 y 125 del Código Fiscal (T.O. 1997), además de contradecir -expresamente- fallos de la Corte Suprema de Justicia citados oportunamente.

Luego, sostiene, en punto a la excepción de prescripción, que la sentencia atacada es auto-contradictoria y absurda porque para el cómputo del plazo prescriptivo menciona a la anterior boleta de deuda, otorgándole validez interruptiva, siendo ella un elemento ajeno a este juicio. Y reflexiona que, para el voto mayoritario, la acción se encuentra prescripta, pero en forma ilógica dicen que no lo está.

Por otro lado, respecto de la defensa de inhabilidad de título, alega que al momento de interposición de la presente demanda la deuda no era exigible desde que otro título -por iguales conceptos- se encontraba en ejecución. Hace suyo el voto minoritario y agrega que la justicia no puede cerrar sus ojos a la realidad amparada en las formas del título ejecutivo cuando ha sido probada su falsedad, aunque extrínsecamente fuera perfecto.

Por último, considera que el presente caso reviste gravedad e interés institucional en virtud de que se expidieron -por el mismo ente- dos certificados de deuda para purgar su ineficiencia, lo que aniquila con trampas el instituto de la prescripción.

II. Que reseñados los antecedentes de la causa, y circunscrito el debate, se iniciará el análisis por la causal de absurdidad, en tanto, su procedencia, sellará la suerte del recurso en trámite. Ello, por cuanto un correcto encuadre normativo descansa en una adecuada fijación y caracterización de los hechos.

1. Que, conforme doctrina de este Cuerpo, la causal de arbitrariedad, prevista por vía de Inaplicabilidad de Ley, debe ser entendida en torno a la figura del absurdo en la valoración de los hechos y pruebas. Y dicho motivo refiere a un vicio descalificante, en la especial hipótesis en que la judicatura de grado al sentenciar, lejos de ser coherente, incurre en una operación intelectual que lo lleva a premisas o conclusiones que transgreden las leyes de la lógica o del raciocinio (cfr. Acuerdos Nros. 50/92, 115/95, 43/06, 39/15, entre muchos otros del registro de esta Secretaría). Por ello, resulta un instituto excepcional y de interpretación restrictiva, circunscripto al supuesto en que se acredite la violación a las reglas que rigen la materia.

En este sentido, se lo ha caracterizado como:

"[…] el error grave y ostensible que se comete en el juicio o raciocinio, al analizar, interpretar o valorar pruebas o hechos tergiversando las reglas de la sana crítica, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico-formal o insostenible en la discriminación axiológica" (cfr. Acs. N° 47/06, 39/15 ya cit.).

Este vicio (error) por hallarse en la base misma del proceso mental del juez o –o jueza- (y cualquiera sea la lógica del itinerario seguido y la corrección formal de las conclusiones en definitiva aceptadas), lleva necesariamente a apartarse de la verdad cuyo esclarecimiento se busca. Y lo garrafal de la desinterpretación finca en que las propias constancias del proceso desmienten el sentido que el juzgador atribuye a un determinado elemento probatorio y en la trascendencia que esa premisa visiblemente equivocada tiene para la ulterior decisión sobre los hechos controvertidos" (Cfr. Heberto A. BAÑOS en su obra La prueba en conciencia, pág. 27, cit. por Augusto M. MORELLO, La Casación, pág. 335; y Acuerdos. Nros.18/2000 "Pentak"; 27/2001 "Coca" y 39/2015 "TEMPESTI").

2. En autos, la recurrente denunció que el razonamiento de la Alzada derivó en conclusiones contradictorias incurriendo, de tal modo, en el vicio de absurdo.

Y, efectivamente, tal defecto se advierte patente en el pronunciamiento del Ad-quem cuando efectúa el cómputo de los plazos legales para determinar si se ha extinguido por el transcurso del tiempo la deuda pretensa y concluye en la desestimación de la excepción de prescripción opuesta por el demandado.

En ese pasaje de la motivación, el voto mayoritario determina que para la deuda por ingresos brutos correspondiente al periodo 1996, el cómputo del plazo prescripto comienza a computarse desde enero de 1997 y opera su prescripción en idéntico mes de 2002. No obstante, a renglón seguido, aclara que la notificación efectuada el 18 de diciembre de 2001 (cfr. fs.218 y vta. del expediente administrativo) se debe considerar como una causal interruptiva del curso de la prescripción en un todo de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 127, inc. 2°, del Código Fiscal –T.O. 1997-.

Luego, añade que la misma suerte correrán los periodos respectivos a los años 1997 y 1998, en cuanto el dies a quo para ellos es el 1 de enero siguiente al año al cual se refieran las obligaciones fiscales, expirando el 1 de enero de 2003 y 2004, respectivamente. Pero, de nuevo, hace la salvedad respecto de que la boleta de deuda fue liquidada al 14 de septiembre de 2002 y, por tal razón, se interrumpe el curso de la prescripción, sin que en ninguno de los periodos reclamados exista deuda prescripta (Cfr. fs. 111).

3. La contradicción denunciada como vicio del razonamiento se advierte en el discurso, puesto que, si tomamos las fechas consignadas por el Ad quem como causales de interrupción de la prescripción (18 de diciembre de 2001 y 14 de septiembre de 2002) y, desde allí computamos nuevamente el plazo de cinco años establecido por el Art. 125 del C.F. (T.O. 1997) -en tanto en la mentada situación interruptiva no se computa más el tiempo transcurrido antes del acto obstativo, empezando a correr un nuevo plazo-, tenemos que la deuda expiraba el 18 de diciembre de 2006 y el 14 de septiembre de 2007, respectivamente. Ergo, si se hace el cotejo con la fecha de interposición de la presente demanda (19 de septiembre de 2007) no puede llegarse a otra conclusión más que la obligación fiscal reclamada en las presentes se hallaba prescripta.

4. En consecuencia, asiste razón a la recurrente en cuanto propugna que la solución impugnada es el resultado de un razonamiento incorrecto. Pues, de la inferencia de las premisas aportadas se llega a una conclusión distinta a la arribada por la Cámara.

En otras palabras: se advierte, en forma meridiana, que hay infracción a los principios y reglas lógicas que rigen el recto pensamiento, en tanto el pronunciamiento en crisis se basa en un razonamiento que llega a conclusiones que no son consecuencia lógica de las premisas. Por esta razón, deviene indispensable la corrección de tales argumentos -que forman parte de la sentencia como producto final- pues esta última debe ser fundada, así como también correcta desde el punto de vista lógico.

De esta forma, a través de la figura del absurdo y de la arbitrariedad, el órgano de casación inspecciona en forma oblicua o indirecta la motivación de la sentencia y se mete en el entramado de los hechos (Cfr. Juan Carlos HITTERS, Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación, 2da. Edición, Librería editora Platense, La Plata 1998, pág. 444).

5. Por todo lo expresado, considero que, en el caso, la sentencia de Cámara ha incurrido en el vicio previsto por el inciso c) del Art. 15° del Ritual. Por lo que propicio se case el decisorio cuestionado y se recomponga el litigio de conformidad con lo dispuesto por el Art. 17° inciso c) de la Ley 1.406.

En consecuencia, deviene abstracto el análisis del resto de los motivos alegados (Cfr. Ac. 50/06 del registro de la Actuaria)

III. Que sentado lo anterior, corresponde analizar la segunda de las cuestiones propuestas. A tal fin se analizará la sentencia de Primera Instancia a la luz de los agravios planteados por la empresa demandada a fs. 71/89.

1. Recientemente este Alto Cuerpo en la causa: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ BAGGIO HORACIO HAROLDO S/ APREMIO" (Acuerdo Nro. 22/15 del registro de la Secretaría Civil), con primer voto de quien suscribe, propugnó que la prescripción liberatoria es un instituto del derecho en el cual se encuentra interesado el orden público, con el fin de liquidar situaciones inestables, al generar la liberación del deudor por la inacción del acreedor, durante cierto plazo determinado por la ley y, con ello, contribuir a la pacificación social. Su efecto jurídico es la liberación de una obligación por el transcurso del tiempo, en que existió la posibilidad de reclamar el auxilio a los órganos jurisdiccionales para la ejecución del crédito y no lo hizo.

También se dijo que en materia tributaria ocurre lo propio. Es un modo de extinción de la exigibilidad de la obligación de igual naturaleza, ante la falta de ejercicio de la acción por parte del Fisco. Por tanto, tal proceder conlleva el efecto de liberar al deudor (contribuyente, responsable, etc.) de la obligación pretendida […] (Cfr. Tratado de la Prescripción Liberatoria, Edgardo LÓPEZ HERRERA –director-, T. II, LexisNexis, Bs. As. 2008, pág. 1072).

Luego, se señalaron los dos requisitos de la prescripción liberatoria: el transcurso del tiempo y la inactividad del titular del derecho durante el plazo fijado por la ley para que aquélla opere. Además de agregar otros tres recaudos: a) que se trate de derechos o acciones susceptibles de prescribir, ya que existen casos en que son imprescriptibles; b) que el derecho sea exigible y el titular esté, por ende, en condiciones de ejercitarlo, haciendo valer la respectiva pretensión, en tanto recién desde entonces puede computarse la inactividad; y c) que la prescripción sea opuesta o hecha valer por la parte a quien interesa su declaración, puesto que los tribunales no pueden decretarla de oficio.

Sentado ello, se definieron los fines o fundamentos de esta institución.

Así, se expresó que la doctrina afirma que este instituto se funda en:

"la necesidad de preservar principios como el orden, la seguridad jurídica y la paz social con el objetivo que se liquiden situaciones inestables que, de lo contrario, podrían prolongarse indefinidamente con su secuela de incertezas. Y para ese fin, la prescripción juega un papel verdaderamente relevante, al punto que se llegó a decir de ella que es la institución más necesaria para el orden social" (cfr. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Claudio KIPER y Félix A. TRIGO REPRESAS, Código Civil Comentado –Artículos 3875 a 4051- Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, Santa Fe, pág. 284).

En este sentido, se apuntó que su finalidad es:

"mantener la paz de las familias, que no debe ser alterada por la repercusión de hechos ocurridos con mucha antelación. Dar seguridad y fijeza a los derechos y aclarar la situación de los patrimonios, que se ven descargados de las obligaciones prescriptas (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Parte General, 5a. ed. actualizada Ed. Perrot, Bs. As. 1973, t. II, pág. 672, n° 2100).

Posteriormente, se sintetizó que la prescripción liberatoria reposa sobre un mismo fundamento y presenta la misma utilidad social que la prescripción adquisitiva: la consolidación de los derechos adquiridos. Su finalidad no es otra que la certidumbre de las relaciones jurídicas que se resentiría gravemente si no se pusiese un límite a la existencia de derechos y pretensiones cuando su titular se abstiene de ejercitarlos. También interesa al orden social que luego de un cierto tiempo, se elimine toda incerteza en las relaciones jurídicas y se suprima la posibilidad de litigios y controversias.

En este punto, se efectúo una aclaración: si bien la finalidad de este instituto está asociada a la negligencia o inacción del acreedor, en puridad la esencia y razón de su existir en el derecho viene dada por la necesidad de otorgar seguridad a las relaciones jurídicas y ese esencial fundamento dimana de una de las finalidades del Estado de Derecho, que hace al interés general por mantener incólume el orden y la paz social.

En materia fiscal –se dijo- cobra relevancia la facultad temporal del acreedor (Fisco) de exigir la deuda, cuyo alcance consiste en la determinación, la exigencia de tributos, el aplicar sanciones y hacerlas efectivas.
Además, se consideró que esta visión objetiva resulta de entender a las normas sobre prescripción liberatoria de una manera orgánica y sistémica, tendencia a nivel mundial que ha modificado los viejos paradigmas que marginaban el mentado instituto a un mero debate sobre su naturaleza jurídica o a un ejercicio de memorización de plazos.
Bajo este prisma, se estableció que, en la actualidad, la prescripción liberatoria está concebida como un instituto que cumple funciones, que tiene finalidades y que no es neutral en términos de distribución económica y de justicia conmutativa.
La pérdida de un derecho por el mero transcurso del tiempo es una situación anómala en términos de justicia; de ahí que se puntualizó que el equilibrio y la coherencia del sistema debía buscarse en otro de los valores del ordenamiento no menos importante: la seguridad jurídica, remarcándose que solo en resguardo de dicho valor se explica y justifica el sacrificio del derecho a la tutela judicial efectiva del acreedor negligente en beneficio del deudor remiso.
Puesto que, en sus consideraciones tradicionales, la prescripción se erige en la piedra de toque de la certeza, de la tranquilidad, de la paz social; en esta lógica se rememoró a Josserand que la consideraba "patrona del género humano y de todas las instituciones del derecho civil, la más necesaria para el bien social" y a Cicerón que la calificaba como "protectora del género humano y término de inquietudes y litigios".
2. Todos los conceptos vertidos en el mencionado precedente conforman un marco de referencia útil a efectos de resolver la cuestión traída a juzgamiento, y de los cuales se desprenderá si la conducta desplegada por la actora extiende irrazonablemente el plazo de ejercicio de la acción más allá del establecido legalmente.
3. Como primer medida, debe señalarse que no se comparte el juicio relativo a tener por no prescripta la obligación si se ha iniciado una nueva demanda cuando todavía no se hallaba perimida la instancia y borrados los efectos interruptivos de la anterior.
El Art. 3986 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield –actual Art. 2546 con diferente redacción- disponía que "la prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio […]".
En el sub-examine, se configuró el supuesto contemplado en la norma invocada, o sea la interrupción de la prescripción, con la interposición de la demanda en febrero de 2003 conforme da cuenta el Expediente Nro. 292131/3 caratulado de idéntica forma al presente. Pero, resultó que en dichas actuaciones fue decretada la caducidad de la instancia mediante Resolución Interlocutoria del 19 de noviembre de 2007, la cual se halla firme y consentida.
De ahí que, si bien con la caducidad del primer proceso intentado se tendría por no sucedida la interrupción de la prescripción (Art. 3987, Cód. Civil de Vélez Sarsfield, actual 2.547, segundo apartado del C.C. y C.N.), lo cierto es que dos meses antes (19 de septiembre de idéntico año) se había iniciado la presente causa.
La apelante se queja porque entiende que la obligación prescribió antes de que la actora iniciara esta demanda y no como entiende el juzgador que considera que toda la actividad desplegada por la actora con la finalidad del cobro de sus acreencias ha resultado interruptiva del curso de la prescripción.
De acuerdo con el Art. 3987 del Código de Vélez Sársfield –actual Art. 2547 del C.C. y C.N.- "la interrupción de la prescripción, causada por la demanda, se tendrá por no sucedida, si el demandante desiste de ella, o si ha tenido lugar la deserción de la instancia, según las disposiciones del Código de Procedimientos, o si el demandado es absuelto definitivamente".
Por ende, la perención decretada el 19 de noviembre de 2007 en la causa Nro. 292131/3 borra la interrupción operada por la promoción de la demanda, lo que significa que retrotrae sus efectos al momento inicial del cómputo del plazo prescriptivo. No coexisten dos interrupciones pues la propia ley declara no sucedida la primera.
No empece lo expuesto el argumento de que se haya deducido la presente causa antes de que se decrete la perención en las actuaciones primitivas con basamento en que la caducidad no opera de pleno derecho (Art. 316, Cód. Procesal), porque lo que sella la suerte adversa de tal postura es que el actor conocía tal circunstancia e inicia la nueva demanda luego de acusada la caducidad de instancia (véase al respecto nota al Director Provincial de Rentas

obrante a fs. 232 del expediente administrativo Nro. 2753-13006/01 agregado por cuerda; cargo de fs. 6 vta. de las presentes; cédula de notificación de fs. 53 y vta. y resolución de caducidad de fs. 67/68 vta. del Expte Nro. 292131/3).

Esta actitud de la administración pública importa un ejercicio abusivo del derecho que no puede ser acogido. Porque sería permitir indefinidamente las posibilidades de interrumpir la prescripción con nuevas demandas y ello atenta contra el principio de seguridad jurídica que –como se dijo- es el fundamento y pilar del instituto que se analiza.

Además, como la declaración jurisdiccional de caducidad tiene efecto retroactivo, la segunda demanda no puede interrumpir un plazo ya cumplido.

Porque para que pueda haber interrupción tiene que haber un plazo vigente (Cfr. Efecto de la caducidad de la instancia respecto de la interrupción de la prescripción por demanda, Zinny, Jorge Horacio, Publicado en: LA LEY 1996-B, 324, Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J (CNCiv) (SalaJ) ~ 1995/05/31 ~ Szczupak, Miguel J. c. Silvero, Francisco. Cita Online: AR/DOC/5912/2001).

4. Hecha la aclaración, corresponde puntualizar que no existe controversia en torno a que el plazo de prescripción aplicable al caso es de cinco años conforme lo determinaba el Art. 125° del Código Fiscal, (T.O. 1997) -vigente al momento de la determinación del tributo- actual Art. 141 del nuevo Cod. Fiscal -Ley 2680 y sus modificaciones-.

"Las acciones y poderes de la Dirección Provincial para determinar y exigir el pago de los impuestos, tasas y contribuciones y sus accesorios, regidos por la presente ley y para aplicar y hacer efectiva la multa en ella prevista prescriben:

"1. Por el transcurso de cinco (5) años […]"

5. Al ser la prescripción un medio de extinción de la obligación, su cómputo comienza a correr desde que la pertinente acción puede ejercerse.

Por ello, para determinar el inicio del plazo de tal medio extintivo, corresponde precisar cuándo el sujeto pasivo de la relación tributaria estuvo obligado al pago y, consiguientemente, cuándo el Fisco pudo iniciar el proceso de cobro.

Estos extremos surgen con claridad de la Resolución Administrativa Nro. 713/DPR/01 que obra en el Expediente Nro. 2753-13006/01 agregado por cuerda a los presentes actuados.

Allí se estableció en su Art. 3°:

"Los importes determinados conforme el Art. 1° de la presente Resolución deberán ser ingresados dentro de los diez (10) días hábiles de notificada la misma. Vencido dicho plazo se iniciarán las acciones tendientes a obtener el cobro por vía de apremio a cargo de la Fiscalía de Estado".

En otras palabras, la deuda que se reclama en los presentes se tornó exigible el día del vencimiento para el pago, que está dado a los 10 días hábiles contados desde la notificación de dicha determinación el 18 de diciembre de 2001 (cfr. fs. 218 y vta. del expediente administrativo).

En consecuencia, si se computan cinco años desde aquella fecha –enero de 2002- al momento de interponer la demanda en el presente proceso judicial (19 de septiembre de 2007), la deuda se encontraba prescripta.

6. Por otra parte, no se coincide con el efecto interruptivo que la judicatura de grado le asigna a la boleta de deuda Nro.9080 que obra a fs. 2/3 del expediente nro. 292131/3 -agregado por cuerda a los presentes-.

Es que, conforme doctrina de este Tribunal en el precedente citado al principiar este acápite ("PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ BAGGIO HORACIO HAROLDO S/ APREMIO" -Ac. Nro. 22/15-), la causal de interrupción que preveía el Art. 127, inc. 2°, del Código Fiscal -T.O. 1997- vigente al momento de la determinación del tributo (a saber: "Por cualquier acto […] administrativo tendiente a obtener el pago" -en el caso concreto se entendió por tal a la generación de la boleta de deuda-) deviene irrazonable por duplicar el plazo de ejercicio de la acción y afectar con ello la seguridad jurídica y el equilibrio del sistema.

Que, en los argumentos allí reseñados se expresó que la Administración pública, con sólo generar la boleta de deuda, prolonga, de manera unilateral e inconsulta, el plazo prescriptivo, atribuyéndose un nuevo periodo para ejecutar judicialmente su crédito.

De ahí que se estableció: este incremento en el plazo, aplicado de modo unilateral por una de las partes –en este caso el Estado-, crea una práctica en la que el acreedor va postergando sine die su finalización. Ello trae inseguridad y

genera incertidumbre en el contribuyente que no sabe si dejó de ser deudor, por lo que se ve obligado a conservar por un extenso periodo los recibos y la documentación, burlando su "legítima expectativa" de que el derecho ha decaído, ha sido renunciado o no va a ser ejercido finalmente.

También, se agregó que con dicho proceder se soslaya la tendencia mundial a reducir los plazos en materia de prescripción de derechos patrimoniales, tal como fuera receptado en el nuevo Código Civil y Comercial, el que acorta el plazo genérico en cinco años y el especial de dos años para aquellas obligaciones que se devengan por años o plazos periódicos más cortos -Art. 2562, inc. c) del cód. cit.

Consiguientemente, se concluyó que importa una actitud desmedida de la Administración pretender con solo generar la boleta de deuda, que por otra parte ni siquiera se notifica al particular afectado, se otorgue, a sí misma, un nuevo plazo para la interposición de la demanda de apremio, cuando el avance tecnológico permite conocer al instante la situación de miles de contribuyentes. Esto último, más allá de la dudosa exactitud de asignarle a dicha operación el carácter de "acto administrativo". Ello en atención a los recaudos que para su validez enumera y describe la Ley Nro. 1.284 –Ley general de procedimiento administrativo para toda la Administración Pública provincial-.

Este proceder –se dijo- no solo atenta contra la seguridad jurídica, el orden y la paz social, sino que le otorga a la Administración pública un privilegio que se contrapone con las disposiciones del Art. 3951 del Código Civil de Vélez Sarsfield –actual 2534 del C.C. y C. N.-.

Finalmente, se expuso que de acuerdo a la modificación llevada a cabo por el legislador neuquino, mediante la Ley 2.680 (Sancionada el 27/11/09), se sustituyó el antiguo Art. 127 por el Art. 144, que en su inciso 3°, dispone: la prescripción de las facultades y poderes de la Dirección para determinar las obligaciones fiscales y exigir el pago de ellas se interrumpirá por el inicio del juicio de apremio contra el contribuyente o responsable y por cualquier acto judicial tendiente a obtener el cobro de lo adeudado.

Si bien se aclaró que no se trata de aplicar la nueva ley a una situación preexistente en contra de lo dispuesto por las disposiciones del Código Civil, es dable interpretar la antigua, frente a un problema tan conflictivo, en resguardo de los principios que el legislador más próximo en el tiempo considera los más razonables.

Por las razones antecedentes es que, en el precedente citado, se declaró la inconstitucionalidad de la norma del Código Fiscal (Art. 127, inc. 2, T.O. 1997) y se computó el plazo de la prescripción liberatoria a partir de la fecha de caducidad del Plan de Regularización Impositiva y Facilidades de Pago, concluyendo, en definitiva, que la deuda reclamada se encontraba prescripta.

7. En el sub-lite, conforme la postura fijada por este Alto Cuerpo mal puede otorgársele efectos interruptivos a la boleta de deuda generada el 15 de octubre de 2002 por contravenir abiertamente los fundamentos y fines máximos que sustentan el sistema de la prescripción liberatoria y establecer plazos extintivos de las obligaciones tributarias superiores a los cinco años; debiéndose declarar -aquí también- a la invalidez del Art. 127, inciso 2, del C.F. (T.O. 1997).

Por consiguiente, al no haberse demostrado algún otro supuesto de suspensión o interrupción del curso de la prescripción, los periodos reclamados por impuesto a los ingresos brutos –como ya se dijo supra- se encuentran prescriptos.

Sumado a esto, se advierten ciertas particularidades que derivan en una conducta impropia por parte de la Administración Pública, que suponen un modo de burlar indefinidamente los términos legales fijados al efecto por el legislador y con total olvido de que la prescripción es una figura legal cuya finalidad es dar firmeza y estabilidad a los negocios jurídicos, disipar incertidumbres y poner fin a la indecisión de los derechos, evitando la acumulación indefinida de las deudas.

No resulta razonable que por una misma deuda se inicien –y tramiten en forma paralela por exactamente dos meses- pretensiones en las que concurre la triple identidad (sujetos, objeto y causa), como salvaguardia para el caso de frustración del proceso ya iniciado. Y que, no obstante ello, el ente estatal haya expedido un nuevo certificado de deuda –análogo al librado con anterioridad pero con un notable yerro en la fecha de corte del cómputo de los intereses (Cfr. fs. 227/228 y 235/236 del expediente administrativo agregado por cuerda), lo que implica un ejercicio abusivo del derecho que no puede ser acogido toda vez que –como con acierto lo pone de resalto el voto en minoría

de la Cámara- el procedimiento administrativo concluyó con la determinación impositiva y la expedición del primer título de deuda.

Además, no puede presumirse que exista voluntad del Fisco de mantener vivo su derecho por la sola circunstancia de interponer nuevamente una demanda cuando, por otro lado, existe la presunción contraria de abandono por la declaración de perención de la instancia del primer juicio, por haber trascurrido más de cuatro años sin haber instado el procedimiento (cfr. fs. 67/68 vta. del Expte. Nro. 292131/3).

En virtud de propiciarse la prescripción de la deuda reclamada en autos, carece de virtualidad el tratamiento del agravio relativo a la inhabilidad de título.

IV. Por todas las consideraciones vertidas, se propone al acuerdo declarar PROCEDENTE el recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto por VÍA BARILOCHE S.R.L., a fs. 119/136 vta. y CASAR el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería –Sala II- de esta ciudad, obrante a fs. 110/115 vta. -en lo que respecta al rechazo de la defensa de prescripción opuesta- por haber incurrido en la causal de absurdidad denunciada.

Atento lo dispuesto por el artículo 17°, inciso c), de la ley ritual, corresponde acoger la apelación deducida por la demandada y, en consecuencia, REVOCAR el decisorio de Primera Instancia, obrante a fs. 52/56 vta., haciendo lugar a la excepción de prescripción incoada por dicha parte, conforme lo considerado respecto de la inconstitucionalidad del Art. 127, inciso 2° del Código Fiscal (T.O. 1997), lo que así se declara en el caso de autos.

VII. Por último, resta dirimir la tercera cuestión planteada.

Con respecto a las costas, propicio que sean impuestas, en todas las instancias, a la actora vencida (Arts. 558 del C.P.C. y C. y 12 de la Ley 1.406), difiriendo la regulación de honorarios, en todas las instancias, hasta el momento de tener pautas para ello. Asimismo, corresponde disponer la devolución del depósito efectuado según constancias obrantes a fs. 118 y 160, conforme a lo establecido por el Art. 11° de la Ley N° 1.406. MI VOTO.

El señor Vocal doctor, OSCAR E. MASSEI dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor RICARDO T. KOHON y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, oído el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, por UNANIMIDAD SE RESUELVE: 1°) Declarar PROCEDENTE el recurso de Inaplicabilidad de Ley impetrado por la demandada –VIA BARILOCHE S.R.L.- a fs. 119/136 vta. contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones del Fuero local –Sala II-, obrante a fs. 110/115 vta., CASANDO dicho fallo en virtud de la causal de absurdidad invocada -Art. 15°, inciso c) de la Ley 1.406-. 2°) De conformidad con lo dispuesto en el Art. 17°, inciso c), del ritual casatorio, acoger la apelación deducida por la demandada y, en consecuencia, REVOCAR el decisorio de Primera Instancia, obrante a fs. 52/56 vta., haciendo lugar a la excepción de prescripción incoada por dicha parte, conforme lo considerado respecto de la inconstitucionalidad del Art. 127, inciso 2° del Código Fiscal (T.O. 1997), lo que así se declara en el caso de autos. 3°) Imponer las costas de todas las instancias a la actora vencida (Arts. 558 del C.P.C. y C. y 12 de la Ley 1.406). 4°) Diferir la regulación de la totalidad de los honorarios hasta el momento de tener pautas para ello. 5°) Disponer la devolución del depósito efectuado según constancias obrantes a fs. 118 y 160, conforme a lo establecido por el Art. 11 de la Ley N° 1.406. 6°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos.

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

Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI

Dra. MARIA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"RODRÍGUEZ IRMA DEL CARMEN C/ FERNÁNDEZ ÁNGELA MARÍA Y OTRO S/ COBRO DE PESOS POR SEGURO COMPLEMENTARIO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 92/2010) – Acuerdo: 51/15 – Fecha: 21/12/2015

DERECHO LABORAL: Seguridad Social.

EMPLEADOS DE COMERCIO. CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO. SEGURO DE VIDA COMPLEMENTARIO. DISPOSICION DEL MINISTERIO DE TRABAJO NRO. 4701/99. FALTA DE INTEGRACION DE APORTES POR EL EMPLEADOR. DESVINCULACION DEL TRABAJADOR. RESCATE. LEGITIMACION. OPCION DEL TRABAJADOR.

1.- En el sub lite la pretensión de la actora estuvo encaminada a percibir la suma correspondiente al seguro de retiro complementario "La Estrella" con fundamento en el incumplimiento de la demandada en realizar los aportes al que estuvo obligada en virtud de los acuerdos homologados por el Ministerio de Trabajo de la Nación -Disposición Nro. 4701/1991- y que complementan el Convenio Colectivo de Trabajo correspondiente a Empleados de Comercio. La instancia de grado hace lugar al reclamo en base a lo decidido por la Cámara de Apelaciones local, sala I, en el antecedente "Lamo". La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería -Sala III- revoca el decisorio al acoger la defensa de falta de legitimación interpuesta por la demandada.

2.- En virtud de la existencia de decisiones contradictorias de dos salas de la Excelentísima Cámara Civil, Comercial, Laboral y de Minería ante situaciones análogas, corresponde declarar procedente el recurso de casación interpuesto por la actora por la causal prevista en el Art. 15 inc. d) de la Ley 1.406. En consecuencia, la Sala Civil del T.S.J. establece la siguiente pauta interpretativa del Acta acuerdo, protocolos y modificaciones por los cuales se implementa el seguro de retiro complementario para los empleados de Comercio; diferenciando dos cuestiones: A) el trabajador -o trabajadora- de comercio carece de legitimación para requerir el pago de los aportes a su empleadora, porque ello ha sido impuesto a favor de una de las partes signatarias del Acuerdo referenciado. B) En cambio, el trabajador -o la trabajadora- tiene legitimación para reclamar al empleador el pago de la indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del pago de los aportes (Art. 79 L.C.T.), al ver frustrado su derecho a reclamar los beneficios del sistema de retiro complementario.

3- El Convenio Colectivo 130/75, dispone establecer un sistema de retiro complementario al régimen previsional para el personal alcanzado en él. El objeto mediato del seguro, es el otorgamiento de una renta vitalicia complementaria a la

jubilación. Para ello, la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios toma una póliza de seguros que se financia con un aporte de los empleadores -del 3,5% mensual sobre los salarios liquidados-. El convenio prescribe que el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador ocasionará la pérdida de los beneficios para el personal afectado, encontrándose legitimada la Federación para reclamar judicialmente su cumplimiento. Y, en particular, la inobservancia del pago del aporte generará la aplicación de los recargos por la mora sin desmedro del derecho de la Federación a promover las acciones legales pertinentes. De la letra del convenio se desprende que la Federación es la acreedora del aporte, y el deudor es el empleador. Como lógica consecuencia, ellos son los legitimados –activo y pasivo- en el reclamo judicial tendiente a obtener el cumplimiento del pago del aporte.

4.- Ante el incumplimiento del empleador en el pago del aporte no hay seguro y, por consiguiente, el trabajador se encuentra privado de los beneficios que el sistema confiere ante los eventos cubiertos. Si bien el beneficiario no está legitimado (por convenio) a demandar a su empleador por el pago de los aportes no realizados, si lo está para exigirle el resarcimiento de las consecuencias dañosas causadas por la violación de los deberes a su cargo. Pues el ingreso de los fondos al sistema de la seguridad social constituye una obligación del patrono (Art. 79 L.C.T.) por lo tanto su incumplimiento es un ilícito contractual derivado de la LCT. De este modo, se presentan configurados los presupuestos de la responsabilidad, y el consiguiente crédito del trabajador a ser resarcido por las consecuencias dañosas causadas por la violación de los deberes a cargo de su empleador.

Texto completo:

ACUERDO NRO. 51. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintiún (21) días de diciembre de dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. vocales doctores RICARDO T. KOHON y MARÍA SOLEDAD GENNARI, con la intervención de la secretaria Civil de Recursos Extraordinarios, doctora MARÍA TERESA GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "RODRÍGUEZ, IRMA DEL CARMEN C/ FERNÁNDEZ ÁNGELA MARÍA Y OTRO S/ COBRO DE PESOS POR SEGURO COMPLEMENTARIO" (Expte. Nro. 92 - Año 2010) del Registro de la Secretaría de la Actuaria.

ANTECEDENTES: A fs. 131/146 vta. se presenta la actora –Irma del Carmen RODRÍGUEZ- y deduce recurso por Inaplicabilidad de Ley contra la sentencia dictada a fs. 127/130 por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería -Sala III- de esta ciudad, que revoca el pronunciamiento de grado y rechaza la demanda interpuesta.

Corrido el traslado de Ley, a fs. 152/154 vta. contesta la parte demandada.

A fs. 171/173, por Resolución Interlocutoria N° 12/13, este Cuerpo declara admisible el recurso.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que este Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso deducido? 2) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme el orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. RICARDO T. KOHON dice:

I. En primer término, realizaré una síntesis de los hechos relevantes para la resolución de este recurso.

1) Las presentes actuaciones fueron iniciadas por la Sra. Irma del Carmen RODRÍGUEZ contra sus ex empleadores –Ángela María FERNÁNDEZ y Fernando FALAPPA- con el objeto de que se le entregue el importe correspondiente al Seguro de Retiro complementario "La Estrella", en tanto aquellos no cumplieron con la obligación del pago del aporte destinado al mencionado seguro previsto como parte del Convenio Colectivo de Trabajo para los Empleados de Comercio.

Dice que ante dicha omisión, la empleadora debe responder por las mismas obligaciones que tendría la compañía de seguros –encargada de administrar los fondos- de haberse realizado el aporte respectivo.

Funda el pedido en las Disposiciones Nros. 4701/1991 y 5883/91 del Ministerio de Trabajo que homologaron los acuerdos arribados por los representantes de los trabajadores y empleadores del sector.

2) A fs. 35/38vta. y 39/42, los demandados niegan que corresponda abonarle a la actora el rubro denominado Seguro de Retiro complementario convenido oportunamente por la F.A.E.C.Y.S. y la C.A.C. con vigencia a partir de 1° de septiembre de 1991, con base en dos defensas: primera, que la accionante carece de legitimación para realizar este reclamo porque la titularidad recae en la Federación firmante del acuerdo convencional; segunda, y de manera subsidiaria, que dicho aporte rigió solo hasta el 15/07/94 cuando se puso en funcionamiento el sistema previsional regido por la Ley 24.241 que lo absorbería según lo acordado por las partes.

3) A fs. 62 se declara la cuestión de puro derecho.

4) A fs. 64/69 obra sentencia de Primera Instancia que admite la pretensión de la actora y condena a la demandada Fernández a abonar el importe de $ 3.163,00 y rechaza la deducida contra Falappa.

La Jueza funda su decisorio en que se trata de un aporte del empleador que no actúa como agente de retención sino como obligado directo.

Luego, considera aplicable el antecedente de la Cámara de Apelaciones local "Lamo, Francisco Javier c/ Barreiro, Horacio s/ cobro de haberes" que modificó su resolución sobre el tema.

Así, tiene por acreditado -conforme la documental de fs. 4/5- que la actora intentó hacer uso del derecho de rescate establecido en el Art. 9 del Acuerdo con resultado negativo y que la empleadora no efectuó el pago de los aportes que se encontraban a su cargo, conducta ésta que persistió a lo largo de la prolongada relación laboral que las unió e incluso una vez intimada para ello.

Por tanto, concluye: desvinculada la trabajadora del sector, le asiste derecho al recupero de los aportes que su empleadora debió efectuar al seguro de retiro La Estrella.

En lo que respecta al planteo subsidiario, esto es, la insubsistencia del aporte con posterioridad a la sanción de la Ley de Jubilaciones N° 24.241, juzga que el seguro en cuestión resulta "complementario" del régimen de la seguridad social dispuesto por el Estado.

En cambio, desestima el reclamo de la multa prevista en el Art. 45 de la Ley 25.345 –falta de entrega de la constancia del ingreso de aportes del Seguro La Estrella-, por cuanto la intimación no se realizó bajo el apercibimiento previsto en el Art. 80 de la L.C.T.

5) A fs. 75/77, 79/82 y 83 y vta., tanto la actora como las demandadas apelan el decisorio de grado. La primera se agravia del rechazo de la indemnización prevista en el Art. 80 de la L.C.T. y la demandada, respecto de la condena a pagar la suma en concepto de rescate de aportes.

A fs. 84 el Dr. ... apela sus honorarios por bajos.

6) A fs. 97 la Cámara de Apelaciones, Sala III, requiere del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación el acuerdo de creación del Seguro de Retiro complementario suscripto entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios con la Cámara Argentina de Comercio, Coordinadora de Actividades Mercantiles Empresarias, y la Unión de Entidades Comerciales Argentinas el 21 de junio de 1991 y sus modificatorias, incorporado al C.C.T. 130/75.

7) A fs. 108 y siguientes obra agregado dicho acuerdo y sus modificaciones.

8) A fs. 127/130 la sentencia de Alzada revoca el decisorio de Primera Instancia con base en los siguientes argumentos:

- Que en razón a lo expresamente previsto en el régimen de aplicación y de la propia naturaleza jurídica del fondo de retiro que tiene por finalidad mejorar el haber jubilatorio del beneficiario, los únicos responsables del sistema son: la Federación tomadora y la Aseguradora contratada. Por tanto, juzga que debe admitirse la defensa de falta de legitimación de la actora porque en la causa se solicita el rescate de aportes previsionales complementarios, no se ha denunciado condiciones de jubilación ni reclamado el resarcimiento por daños y perjuicios.
- Por otra parte, está en desacuerdo con el antecedente citado por la jueza sentenciante, dado que la norma en que se funda no ha sido informada por la Autoridad de Aplicación.

9) Contra este pronunciamiento, la actora interpone recurso de Casación, por Inaplicabilidad de Ley. Dice, que el pronunciamiento en crisis contradice la jurisprudencia sentada por la Cámara de Apelaciones local –Sala I-, en otra causa análoga a la presente.

Reseña el fallo dictado en los autos caratulados "LAMO FRANCISCO JAVIER c/ BARRERIRO HORACIO S/ COBRO DE HABERES" en los que se acogió la demanda de recupero del Seguro de Retiro complementario contra la empleadora, en razón a que ésta no efectuó los aportes correspondientes a tal fin.

Asimismo, alega que la sentencia atacada interpreta erróneamente el Art. 8 de la Disposición (D.N.R.T.) N° 4.701 del 26/06/1991, toda vez que si bien dicha norma habilita al sindicato a reclamar judicialmente el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la empleadora, ello no importa excluir al actor de la titularidad del reclamo.

II.- 1) Que corresponde, ahora, ingresar al estudio de la impugnación extraordinaria cuya apertura se ha dispuesto por la causal del Art. 15, inc. d), de la Ley 1.406, porque el tema debatido –si la actora se encuentra legitimada para reclamar el importe correspondiente al seguro de vida complementario previsto en la Disposición Nro. 4701/1991 que debió aportar la empleadora- fue fallado de modo opuesto por las Salas I y III de la Cámara de Apelaciones de Neuquén.

Como reiteradamente se ha dicho, esta causal tiene por objeto dar cohesión a las decisiones judiciales como garantía positiva de la seguridad jurídica, para evitar la incertidumbre que crea la multiplicidad de interpretaciones de una misma norma legal frente a iguales situaciones de hecho

A tal fin, es necesario acudir a los fundamentos expuestos en cada uno de los pronunciamientos fallados de manera contradictoria -según denuncia- por la misma Cámara de Apelaciones.

En el antecedente "Lamo Francisco Javier contra Barreiro Horacio s/ Cobro de Haberes" (Expte. 297941 año 2013) citado por la Jueza de Primera Instancia, se dice:

"[…] La parte reclama que, atento a que el empleador no abonó dicho 3,5% de aporte para este seguro y él no lo tiene […] Le asiste razón en cuanto puede reclamar el rescate del Seguro. Ello está establecido en el art. 9 del Acuerdo: 'El trabajador que se desvincule del sector tendrá las siguientes opciones:

Solicitar el rescate de sus aportes personales, incluyendo los rendimientos obtenidos por los mismos, con una quita que será del 8% durante los primeros 5 años desde el inicio de vigencia del certificado, del 5% desde el fin de ese tramo hasta 5 años antes de la fecha prevista de retiro y 10% a partir de dicho momento.' Es clara la norma que no requiere ni edad ni estar próximo a jubilarse, sino que el requisito es que el trabajador deje de laborar como empleado de comercio. Pero a poco que se lea el articulado surge claro que quien debe abonar el rescate es la compañía aseguradora, no el empleador. Este último para eximirse de responsabilidad debió acreditar un hecho que ni siquiera invocó, y por supuesto, tampoco probó, como es el pago del aporte. Por lo cual entiendo que prospera el reclamo del presente rubro".

En cambio, en el decisorio de esta causa, se admite la excepción de falta de legitimación de la actora para reclamar el rescate de aportes en razón de la naturaleza jurídica del retiro -al considerarse que tiene por finalidad mejorar el haber jubilatorio-, que los únicos responsables son las partes contratantes –Federación Argentina de Empleados de Comercio y la Aseguradora-, y que no se ha denunciado condiciones de jubilación ni demandado el resarcimiento por daños y perjuicios.

De la lectura de ambos fallos se advierte que el debate se centró en la posibilidad -o no- de que el trabajador pudiera percibir el rescate de un porcentaje del seguro complementario citado.

2) Para dar una respuesta adecuada, el análisis debe iniciarse con una breve descripción del sistema de retiro complementario instituido en el Convenio Colectivo, todo lo cual permitirá discernir los diversos vínculos jurídicos que se generan, los sujetos comprendidos y las obligaciones que emergen del ellos.

A tal efecto, se tendrá presente que la parte actora en su demanda ha invocado, en sustento de su pretensión, el Convenio Colectivo de Trabajo N° 130/75 (cfr. fs. 13 vta., 2do.párr.). Siendo así, no es necesaria su prueba (arg. Art. 8, L.C.T.), por lo que se estará a los textos vigentes.

Allí se dispone establecer un sistema de retiro complementario al régimen previsional para el personal alcanzado en el convenio referenciado. Para ello, la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios tomará una póliza de seguros -con una compañía autorizada- que se financiará con un aporte de los empleadores -del 3,5% mensual sobre los salarios liquidados-.

El propósito inmediato del sistema es que la Compañía de Seguros proceda a la apertura de una cuenta individual -en el que se ingrese el 50% del aporte mensual- para administrar sus fondos. Y a través de esto, alcanzar el objeto mediato que es el otorgamiento de una renta vitalicia complementaria a la jubilación, una vez que el dependiente cumpla la edad de retiro y otros requisitos. Sin embargo, ante la eventualidad de fallecimiento o invalidez –total y permanente-, los beneficiarios tienen derecho al rescate de los fondos depositados en la cuenta individual. Y si se desvincula del sector, pueden optar por permanecer en el sistema o solicitar el rescate de sus aportes -Arts. 4, 6, 8 y 9 Acuerdo homologado por Disposición (D.N.R.T.) N° 4.701 del 26/6/1991 y sus modificatorias-.

Se prescribe que el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador ocasionará la pérdida de los beneficios para el personal afectado, encontrándose legitimada la Federación para reclamar judicialmente su cumplimiento. Y, en particular, la inobservancia del pago del aporte generará la aplicación de los recargos por la mora sin desmedro del derecho de la Federación a promover las acciones legales pertinentes.

De esto se tiene que la Federación es la acreedora del aporte del 3,5%, pues lo aplicará al pago de la póliza en su carácter de tomadora. El deudor de dicho aporte es el empleador. Como lógica consecuencia, ellos son los legitimados –activo y pasivo- en el reclamo judicial tendiente a obtener el cumplimiento del pago del aporte.

Por otro lado, la contratación del seguro traerá consigo una estipulación en favor de un tercero –el trabajador-, acordada entre la Federación –tomadora del seguro- y los empleadores –contribuyentes-, por la cual la Aseguradora deberá pagar una renta vitalicia o la suma correspondiente al rescate, ante las contingencias ya descriptas y una vez reunidos los demás requisitos.

O sea que, acaecida la contingencia, el trabajador se constituye en el acreedor de los beneficios –renta vitalicia o rescate- a cargo de la Compañía de Seguros –deudora-. Ante el incumplimiento de ésta, ambos son los legitimados en la disputa judicial.

Pues bien, lo dicho es válido para el supuesto en que el empleador hubiera realizado el pago del aporte y la Federación lo hubiera aplicado a la contratación del seguro. Distinta es la situación cuando esto no sucede. Es decir, cuando el patrón no realiza el aporte, no hay seguro y, por consiguiente, el trabajador se encuentra privado de los beneficios que el sistema confiere ante los eventos cubiertos.

En esta hipótesis, y según se expuso, no está legitimado para demandar el cumplimiento del pago de los aportes. Podrá reclamar el cumplimiento a la Compañía de Seguros, pero ningún provecho obtendrá porque no hay seguro contratado a su favor.

En tal caso, resulta manifiesto que el empleado es víctima de un daño al verse privado de los beneficios del sistema. Que encuentra su causa en el incumplimiento del pago del aporte. Y su causante es el empleador como deudor del aporte. Al propio tiempo, aquel incumplimiento constituye un ilícito contractual –derivado del contrato de trabajo-, toda vez que el ingreso de los fondos al sistema de la seguridad social constituye una obligación del patrono (Art. 79 L.C.T.). Así, se presentan configurados los presupuestos de la responsabilidad, y el consiguiente crédito del trabajador a ser resarcido por las consecuencias dañosas causadas por la violación de los deberes a cargo de su empleador.

3) Llegados a este punto, se advierte que la Ley de Contrato de Trabajo no reglamenta el modo en que corresponde la reparación. Ello fue abordado por este Tribunal Superior, en un caso similar –daño moral en la extinción del contrato de trabajo- ("CARRASCO" Acuerdo N°23/09) con voto preopinante de la Dra. Martínez al que adherí en tal oportunidad).
Allí se sostuvo:
"… frente al daño injustamente sufrido, el derecho debe reaccionar para lograr su reparación. Es claro que al hombre –y en particular al empleador- no solo le cabe hacerse de los beneficios de su actividad, sino también, de los daños resultantes de ella".
"Obsérvese que nuestra Constitución Nacional no se desentiende de estos conceptos básicos y es así como en su Art. 19 recepta el deber genérico de no dañar a los terceros" (punto 9).
Y se añadió:
" … nada obsta a que frente a un daño padecido por un trabajador, que no tenga una sanción específica dentro de régimen especial, su consecuencia sea regulada por los principios generales reglamentados en el Código Civil. […]
"… ni la L.C.T. ni la Ley 22.248 contienen una norma que deje de lado o impida aplicar el ordenamiento civil. En todo caso, el Art. 11 de la Ley 20.744 demanda que su aplicación se haga de un modo compatible con los principios de la justicia social y a los generales que informan al derecho del trabajo –protectorio, de irrenunciabilidad, etc.-, sin contradecirlos o menoscabarlos.
"Pensar lo contrario conlleva quebrantar, no tan solo el mandato del mencionado Art. 19 C.N., sino también el de su par Art. 18, en tanto el trabajador se verá constreñido a soportar el costo de la lesión sufrida por las acciones ilícitas de su empleador.
"Al propio tiempo, ello colisionará directamente con las bases en las que se asienta todo el ordenamiento laboral, pues implicaría un renunciamiento del dependiente a favor de su patrono, incompatible con sus principios, que también encuentran protección constitucional en el Art. 14 bis de la Ley Fundamental.
Por fin y según lo impone este último precepto, el enfoque debe incardinarse teniendo presente que el trabajador ha sido definido como un sujeto de preferente tutela y protección (C.S.J.N., en las causas 'Vizzoti' y 'Aquino' ya citadas, entre otras tantas)".
4) El desarrollo hecho hasta aquí da respuesta suficiente acerca de las diversas obligaciones que emergen del sistema de seguro complementario y los sujetos activos y pasivos.
Todo lo cual permite sostener que el trabajador o trabajadora de comercio carece de legitimación para requerir el pago de los aportes por tal concepto a su empleadora, conforme surge del Art. 8 del acta citada, modificado por el acuerdo del 12/09/91 homologado por Disposición 5883 del 14/10/91.
No obstante, posee legitimación para el reclamo del pago de la suma que indemnice los perjuicios derivados del incumplimiento del pago de los aportes, al verse frustrado su derecho a reclamar los beneficios del sistema. En la especie, el rescate de los aportes a los que hubiera estado facultada a percibir, de haber sido ingresados por su empleadora.
5) Traspoladas estas pautas al caso en examen, cabe señalar que si se observa detenidamente la demanda, lo pretendido por la trabajadora –que fue desvinculada por decisión de la aquí accionada- consiste en la percepción de la suma correspondiente" al Seguro de Retiro Complementario "La Estrella" (cfr. fojas 13, al final), con fundamento en que sus ex-empleadoras no cumplieron con la obligación del aporte al que estaban constreñidas conforme los acuerdos homologados por el Ministerio de Trabajo de la Nación y que complementan el Convenio Colectivo de Trabajo correspondiente a Empleados de Comercio Nro. 130/75. Por tanto –dice-, la patronal deberá responder por la obligación que tendría la Compañía de Seguros –de haberse realizado los aportes-.
Es decir, solicita el pago de una suma de dinero por el incumplimiento del contrato de trabajo. Esto se corresponde con la planilla de liquidación practicada (fs. 17 vta. punto E.-) en la que el cálculo no es por el 3,5% del aporte sino por 1,75%, es decir el 50% que debía ingresar a la cuenta individual de capitalización (Art. 4 Disp. N° 4.701). Esto indica que la pretensión es por el equivalente de lo que hubiera correspondido al rescate –en concepto de daño resarcible- y no por el monto de los aportes.

Resultando esto así, se encuentra legitimada para procurar el cobro de las sumas aquí reclamadas. Y, por tanto, se impone el resultado inverso a lo decidido en la Cámara de Apelación, propiciándose acoger el recurso interpuesto por la parte actora por la causal que motivó la apertura de la instancia extraordinaria, y casar la sentencia recurrida en el aspecto analizado -Art. 15°, inc. d), de la Ley 1.406-.

III. 1) Sentado lo que antecede, y de conformidad con lo prescripto por el Art. 17°, inc. c), de la Ley ya citada, corresponde recomponer el litigio, en el extremo casado. Y ello exige analizar los agravios vertidos ante la Alzada sobre el particular.

2) El primero, refiere a la falta de legitimación de la actora para reclamar el pago de aportes al denominado seguro de retiro complementario fijado en el Protocolo del 21/06/91 como integrando el Convenio Colectivo de Trabajo Nro. 130/75. Ello, ya ha sido analizado en los considerandos anteriores.

Cabe reiterar que dicho pago de aportes no fue solicitado como tal por la actora. En rigor, pretende el pago de una suma equivalente al 50% de las que el empleador debió aportar, lo cual constituye la consecuencia dañosa derivada del incumplimiento de la obligación de ingresarlas.

Luego, se encuentra acreditado el ilícito contractual denunciado –reconocido por la demandada y analizado por la A quo-, como también que causó el daño cierto cuya reparación se reclama.

En efecto. Está confirmado que ante la desvinculación decidida por la empleadora, es decir, verificado uno de los presupuestos de hecho contemplados por el Protocolo Adicional del acta acuerdo del 21/06/91, la accionante se presentó a la compañía de seguros a fin de solicitar el rescate de los aportes de su cuenta individual, viéndose allí frustrado su derecho (fs. 4/5) tal como se dice en la sentencia de grado (fs. 66).

Por último, el incumplimiento guarda vínculo causal con los daños y resulta imputable a la empleadora.

En consecuencia, se constatan reunidos los requisitos configurativos de la responsabilidad que se le imputa a la demandada. Y, entonces, corresponde el rechazo del motivo de agravio.

3) Pasando a otro gravamen, es decir la vigencia del sistema de retiro complementario. Al respecto, si bien el tema fue debatido en la jurisprudencia, actualmente se coincide en que el régimen no implica la sustitución de un sistema, sino que gesta un dispositivo que, unido al Sistema General de Previsión Social que el Estado otorgue por sí o por agencias especiales, coadyuve a cubrir los ingresos del sector de pasividad (CNAT, Sala II "Federación Argentina de Empleados de Comercio c/ Amorrortu Ediciones S.A. s/ cobro de aportes" Sentencia N° 75.113 del 30/11/94).

Es decir, los pronunciamientos judiciales han reconocido que el sistema de retiro creado por el acta del 21 de junio de 1991, integrante del Convenio Colectivo de Trabajo N° 130/75 es complementario del régimen de previsión social que corresponde legalmente, vale decir, que no sustituye un sistema por otro, sino que otorga un beneficio adicional (CNAT, sala II, 26-5-97, "Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c/ Transambar S.A.", Lexis Nexis N° 30000974, y 24-08-2001, "Sabate, Cristina c/ Alcira Travellers Service SRL"; Sala VI, 19-11-98, "Sánchez, Néstor c/ Ferbo S.A."; Sala X, 10-6-2003, "Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c/ Becher Lichtenstein y Asoc", todos ellos citados en ACKERMAN, Mario E, Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo VIII, Relaciones Colectivas de Trabajo-II, Santa Fe 2007, pág. 553).

Además, debe señalarse que las cláusulas de un C.C.T., como la presente —de conformidad al Artículo 6 de la Ley 14.250—, continuarán en su vigencia hasta tanto una nueva convención colectiva la sustituya, cualquiera fuera el plazo de vigencia que las partes establecieran.

Esa nueva convención colectiva jamás modificó las obligaciones, por lo que la cláusula y sus efectos continúan vigentes hasta que ese hecho se produzca (principios de ultraactividad y de no regresión).

Por estas razones, también debe rechazarse el motivo de queja.

4) Arribados a este momento, es oportuno indicar que deben ser motivo de estudio las restantes quejas relativas a la tasa de interés aplicada por la Jueza de grado (agravio de la co-demandada RODRÍGUEZ), la imposición de costas (del co-demandado FALAPPA) y la regulación de honorarios (del letrado patrocinante de FALAPPA). Ello así, puesto que al modificarse en esta etapa extraordinaria el pronunciamiento de la Alzada –que declaró abstracto el tratamiento de tales agravios-, corresponde hacerlo en este estado procesal.

En cuanto a la tasa de interés aplicable, a la luz de la doctrina sentada por este Tribunal in re "Alocilla", y el criterio sostenido por esta Sala en los casos "SUCESORES DE ALARCÓN" (Ac. Nro. 12/2011); "SUCESORES DE ELEM" (Ac. 22/2011) y "ALVAREZ" (Ac. 7/12), entre otros, se propone darle favorable acogida, y, por ende, disponer que sobre los montos de condena se adicionen los intereses desde que la suma fue debida y hasta el efectivo pago, aplicando para ello la tasa promedio desde la fecha del despido -30/04/2007- y hasta el 1° de enero de 2008. A partir de esa fecha y hasta el efectivo pago, la tasa activa mensual, ambas del Banco Provincia del Neuquén (cfr. Acuerdos Nros. 23/10, 38/12, del Registro de la Actuaria).

A igual conclusión se arriba cuando se analizan los agravios atinentes a la imposición de costas. En efecto, dice el demandado Falappa que ante el rechazo de la demanda en su contra debieron imponerse las costas a la vencida.

Este Tribunal Superior, en el caso "ROCHA FILOMENA" (Ac. 48/2010), ha dicho:"[…] que las costas comprenden el conjunto de erogaciones que cada parte debe abonar para su defensa en juicio […]

[…] con la imposición de costas el juez genera una obligación civil que puede tener su origen en la propia ley, la culpa o el dolo. Al respecto, el C.P.C. y C. parte de un criterio objetivo, porque la fuente de la obligación es la propia ley, mediante el Art. 68 que, en el primer párrafo, establece que la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria.

"De esta manera, como regla general se dispone que las costas deben imponerse al vencido, independientemente de su buena o mala fe. Es el hecho objetivo de la derrota lo que determina esa condena y su fundamento radica en haber sostenido, sin éxito, una pretensión jurídica" (cfr. ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Tomo IV, pág. 527, EDIAR S.A. 1961).

Trasladando estos conceptos al caso que nos ocupa, se observa que la judicatura de grado rechaza la pretensión de la actora dirigida al demandado Falappa, o sea que la accionante resultó vencida en el proceso. Sin embargo, dicho fallo omite expedirse sobre las costas, lo que motivó el pedido de aclaratoria de fs. 70 que fue rechazada con el argumento de que la regulación de honorarios cubría la totalidad del trabajo profesional con independencia que se haya precisado en el punto IV-, el rechazo contra la co-demandada.

En mi opinión, este argumento resulta irrazonable conforme los argumentos expuestos en el fallo citado. Es que, si existe un litisconsorcio facultativo –como es el caso- y recae sentencia en sentido diverso, las cosas deben tratarse por separado por aplicación del principio contenido en el primer párrafo del Art. 68 del C.P.C.y C, y 17 de la Ley 921.

Por consiguiente, en este tópico el recurso de apelación deberá ser admitido e imponerse las costas a la actora, por haber sido objetivamente perdidosa respecto de la pretensión seguida contra Falappa. De ahí, que corresponda hacer lugar a la apelación del letrado que lo patrocinó, en tanto resulta ajustado a derecho retribuir el trabajo profesional realizado en defensa de aquél.

En cambio, respecto de la queja relacionada con la indemnización del Art. 45 de la Ley 25.345, la accionante no formuló un agravio puntual en esta etapa ante el rechazo de la demanda en la Alzada, por lo que la cuestión ha quedado firme y consentida.

5) En virtud de todo lo expuesto hasta ahora, se impone: a) Acoger parcialmente el recurso de apelación deducido por la codemandada Ángela María Fernández, a fs. 79/82, y, en su consecuencia, modificar la tasa de interés fijada en la sentencia de Primera Instancia, confirmándola –aunque por los argumentos aquí expuestos-, en cuanto condena al pago de una suma de dinero en concepto de resarcimiento por el incumplimiento del contrato de trabajo –Art. 79 de la L.C.T.); b) Acoger el recurso de apelación deducido por el codemandado Fernando Daniel Falappa, a fs. 83 y vta., y, como corolario, modificar la imposición de las costas –respecto del codemandado Fernando Daniel Falappa-, que se imponen a la actora perdidosa (Art. 68 del C.P.C. y C. y 17, Ley 921); c) Acoger el recurso de apelación articulado por el Dr. ..., a fs. 84, regulándose sus honorarios profesionales –como patrocinante del codemandado Fernando Daniel Falappa- en un 11% del monto que resulte del capital e intereses que se fije por planilla (Arts. 6, 7, 9 y 20 -modificado por Ley N° 2933- de la Ley de Aranceles).

V. A la tercera cuestión sometida a este Acuerdo, atento a la forma en que se resuelve, la naturaleza de lo decidido, y dado que sobre el tema existen diferentes soluciones que ha motivado la necesidad de fijar un criterio interpretativo,

estimo justo y razonable imponer las costas de esta instancia extraordinaria por su orden (Arts. 68, in fine, del C.P.C. y C. y 12°, Ley 1.406).

En cambio, las decididas en las Instancias anteriores corresponde readecuarlas del siguiente modo: 1) Pretensión dirigida contra Fernández: las generadas en la Alzada serán soportadas en un 80% a cargo de la demandada y un 20% de acuerdo al resultado de los agravios y mantener las decididas en Primera Instancia, o sea, a la demandada vencida (Arts. 279 y 68 del C.P.C.y C. y 17 de la Ley 921); 2) Pretensión dirigida contra Falappa: corresponde imponer las costas de Alzada y de Primera Instancia a la actora vencida (Art. 68 del C.P.C.y C. y 17 de la Ley 921).

VI. En conclusión, se propone al Acuerdo: I) acoger el recurso interpuesto por la parte actora por la causal que motivó la apertura de la instancia extraordinaria, y casar la sentencia recurrida en el aspecto analizado (Art. 15°, inc. d), de la Ley 1.406). Al propio tiempo, establecer la siguiente pauta interpretativa del Acta acuerdo, protocolos y modificaciones por los que se implementa el seguro adicional complementario para los empleados de Comercio; diferenciando dos cuestiones: 1) el trabajador -o trabajadora- de comercio carece de legitimación para requerir el pago de los aportes a su empleadora, porque ello ha sido impuesto a favor de una de las partes signatarias del Acuerdo referenciado. 2) En cambio, el trabajador -o la trabajadora- tiene legitimación para reclamar al empleador el pago de la indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del pago de los aportes (Art. 79 L.C.T.), al ver frustrado su derecho a reclamar los beneficios del sistema de retiro complementario. II) Recomponer el litigio mediante el acogimiento de la demanda entablada por la actora en concepto de daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento contractual. III) Admitir el agravio de la demandada relacionado con la tasa de interés aplicable. IV) Hacer lugar al recurso interpuesto por el codemandado Falappa y su letrado patrocinante en lo atinente a la imposición de costas y regulación de honorarios omitidas en la Instancia de grado. IV) Imponer las costas de esta etapa en el orden causado y readecuar las generadas en la Alzada. Imponer las costas a la actora vencida en relación a la demanda contra Fernando Daniel FALAPPA. ASÍ VOTO.

La Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor RICARDO T. KOHON y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, SE RESUELVE: 1) Declarar PROCEDENTE el recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto a fs. 131/146 vta. por la parte actora, por haber mediado la causal del Art. 15 inc. d) de la Ley 1.406 de acuerdo a lo desarrollado en los considerandos de la presente y CASAR el pronunciamiento dictado a fs. 127/130 por la Cámara de Apelaciones local –Sala III- 2) Establecer la siguiente pauta interpretativa del Acta acuerdo, protocolos y modificaciones por los cuales se implementa el seguro de retiro complementario para los empleados de Comercio; diferenciando dos cuestiones: A) el trabajador -o trabajadora- de comercio carece de legitimación para requerir el pago de los aportes a su empleadora, porque ello ha sido impuesto a favor de una de las partes signatarias del Acuerdo referenciado. B) En cambio, el trabajador -o la trabajadora- tiene legitimación para reclamar al empleador el pago de la indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del pago de los aportes (Art. 79 L.C.T.), al ver frustrado su derecho a reclamar los beneficios del sistema de retiro complementario. 3) Por imperio de lo dispuesto por el Art. 17°, inc. c), del ritual, recomponer el litigio, correspondiendo: A) acoger el recurso de apelación interpuesto por la codemandada Ángela María Fernández, a fs. 79/82, y modificar parcialmente el Punto I) de la sentencia dictada en Primera Instancia, obrante a fs. 64/69, y, en su consecuencia, disponer que los intereses son conforme la tasa determinada en el punto III.4) de los considerandos; B) Acoger el recurso de apelación deducido por el codemandado Fernando Daniel Falappa, a fs. 83 y vta., y modificar parcialmente el punto II) de la sentencia de Primera Instancia, y, como corolario, disponer que la imposición de las costas respecto del codemandado Fernando Daniel Falappa sean a cargo de la actora perdidosa (Art. 68 del C.P.C. y C. y 17, Ley 921); C) Acoger el recurso de apelación articulado por el doctor ..., a fs. 84, y modificar el Punto III) de la sentencia de Primera Instancia, y, como resultante, regular sus honorarios profesionales –como patrocinante del codemandado Fernando Daniel Falappa- en un 11% del monto que surja del capital e intereses que se fije por planilla (Arts. 6, 7, 9 y 20 -modificado por Ley N° 2.933- de la Ley de Aranceles). 4) Readecuar la imposición de las costas en la Primera Instancia, conforme se dispone en el punto anterior; en la Segunda Instancia (Art. 279 C.P.C. y C.), en la relación procesal entre la actora

Rodríguez y la co-demandada Fernández, se imponen un 80% a cargo de Fernández y un 20% a cargo de Rodríguez, atento el resultado al que se arriba (Art. 71, del C.P.C. y C.), y en la relación entre la actora Rodríguez y el codemandado Falappa, se imponen a la actora vencida (Arts. 68, del C.P.C. y C. y 17, Ley 921); y las originadas en esta etapa extraordinaria, se imponen por su orden, atento lo expuesto en el punto V. de los considerandos (Arts. 68, 2do. párrafo, C.P.C. y C. y 17° de la Ley 1.406). 5) Regular los honorarios de los letrados intervinientes doctora ... –en el doble carácter por la actora- y ... –patrocinante de cada uno de los co-demandados- ante la Alzada y en la etapa Casatoria en un 30% y un 25%, respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en idéntico carácter en Primera Instancia (Arts. 15 y 20 -modificado por Ley N° 2.933- de la Ley de Aranceles). 6) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos.

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

Dr. RICARDO T. KOHON - Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI

Dra. MARIA T. GIMENEZ DE CAILLET-BOIS - Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"FRANZ Y PEPPONE S.R.L. C/ EMBOTELLADORA COMAHUE S. A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 197/2009) – Acuerdo: 52/15 – Fecha: 23/12/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

HONORARIOS DEL ABOGADO. BASE REGULATORIA. INTERESES.

Con la sanción de Ley N° 2.933 y reiterando conceptos vertidos en el Ac. n° 34/15, queda saldada la discusión que motivó el recurso planteado en estos autos, al consignar en forma explícita que los intereses integran la base a considerar para la regulación de honorarios. También, al establecer que el dispositivo es aplicable a situaciones jurídicas que no se encuentren firmes –tal, el caso presente-.

Texto completo:

ACUERDO N° 52: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintitrés (23) días de diciembre de dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctores OSCAR E. MASSEI Y RICARDO T. KOHON con la intervención de la Secretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora María Teresa GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia en los autos caratulados: "FRANZ Y PEPPONE S.R.L. C/ EMBOTELLADORA COMAHUE S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (Expte. N° 197 - año 2009) del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES:

A fs. 433/437vta. la demandada interpone recurso de Inaplicabilidad de Ley contra el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén, obrante a fs. 422/425 vta., en cuanto confirma lo resuelto en el decisorio de Primera Instancia de fs. 399/400, respecto de la inclusión de los intereses en la base regulatoria de los honorarios profesionales.

A fs. 440/445 contesta la actora y solicita se declare inadmisible el recurso, con la consecuente confirmación de la sentencia de Alzada, con costas.

A fs. 463 vta. se notifica el Fiscal General y a fs. 464/466 se declara admisible el recurso de Inaplicabilidad de Ley incoado, a través de la Resolución Interlocutoria N° 30/14.

A fs. 468/469 vta. dictamina el Fiscal General en favor del rechazo del recurso deducido por la demandada.

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

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido? b) En la hipótesis afirmativa, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? c) Costas.

VOTACIÓN: A las cuestiones planteadas el Dr. OSCAR E. MASSEI dice:

1. La controversia a resolver en el presente se centra en determinar si la Alzada -al incluir los intereses en la base regulatoria de honorarios profesionales- ha violado la ley o la doctrina legal en orden a las previsiones de la Ley de Aranceles N° 1.594 y si ha incurrido en contradicción con lo resuelto por este Cuerpo en autos: "VEGA MARTA OFELIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" R.I. N° 23 del 10.02.12, del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias.

Concretamente la cuestión es determinar, conforme la normativa que rige la materia arancelaria, si en un proceso susceptible de apreciación pecuniaria o que se reclame valor económico, corresponde -o no- que se incorporen los intereses en la base regulatoria de los honorarios profesionales.

Es sabido que una de las funciones de la casación consiste en el control nomofiláctico, es decir, la defensa del estricto cumplimiento de la ley. Ésta es la más antigua misión que lleva a cabo dicho instituto, e implica cuidar que los tribunales de grado apliquen las disposiciones normativas sin violarlas, desinterpretarlas ni aplicarlas erróneamente. Así su específica aspiración es la de controlar la exacta observancia de las leyes (cfr. Juan Carlos HITTERS, Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación, 2ª Edición, Librería Editora Platense, La Plata, 1998, págs. 166 y 259).

Cabe señalar que oportunamente este Cuerpo se expidió sobre la cuestión en cierne, en autos: "SEGOVIA, RAÚL WENCESLADO C/ FLUODINÁMICA S.A. s/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (Expte. N° 8 - año 2012), en Acuerdo N° 55/13 del Registro de la Actuaria.

En aquella ocasión, sostuve, como Vocal preopinante:

"Fundamentalmente, cabe señalar que la Ley 1.594 no dispone que los intereses deban ser incorporados en la base regulatoria […]"

Y acoté que ese marco normativo determinaba el sentido de la decisión contraria a la incorporación de los intereses al capital a los fines regulatorios.

En términos similares este Tribunal se pronunció en el antecedente que menciona la quejosa: "VEGA MARTA OFELIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", RI N° 23/12, del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias al expresar que de acuerdo a la normativa vigente, los intereses no integran la base regulatoria, pues no conforman el monto del juicio.

Pues bien, es menester señalar que durante el trámite recursivo se ha producido un hecho relevante, cual es la sanción por parte de la Honorable Legislatura de nuestra provincia de la Ley 2.933 en fecha 20/11/14 (promulgada el 10/12/14 y publicada en el Boletín Oficial el 12/12/14), que introduce modificaciones sustanciales a la Ley Arancelaria N°1.594.

Sabido es, que las sentencias de este Tribunal deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevivientes al recurso, conforme criterio sostenido reiteradamente por la Corte Nacional (FALLOS: 316:479 –Bahamondez-). Ello, sumado a la regla del iura novit curia –de amplia vigencia en esta etapa-, lleva a considerar que corresponde el análisis del presente caso a la luz de la normativa específica, de reciente sanción y vigente al tiempo de resolver el recurso.

En este sentido, tal como remarcó recientemente este Cuerpo –con primer voto del Dr. Ricardo T. Kohon, al que adherí- en la causa "SUCESORES DE URRUTIA RUIZ DAVID ISRAEL C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Acuerdo

N° 34 - Año 2015, del registro de la Secretaría Civil, el nuevo dispositivo legal incorpora modificaciones sustanciales en lo relativo a la base para la regulación de honorarios profesionales.

"Art. 1°: Modifícanse los artículos 4°, 20 y 49 de la Ley 1594, de Honorarios Profesionales de Abogados y Procuradores, los que quedarán redactados de la siguiente manera:…

"MONTO DEL PROCESO. Artículo 20: En los juicios en que se reclame valor económico, la cuantía del asunto —a los fines de la regulación de honorarios— es el monto de la demanda, de la reconversión o el que resulte de la sentencia si este es mayor.

"En el caso de sumas de dinero, la base regulatoria para determinar los honorarios de los profesionales intervinientes está integrada, también, por los intereses devengados o los que se hubieran devengado en caso de rechazo total o parcial de la demanda, a la fecha de cada regulación"

Además, la nueva norma establece en su artículo 2° que sus disposiciones tendrán efecto y se aplicarán de inmediato a toda situación jurídica que no se encuentre firme y consentida.

En suma, reiterando conceptos vertidos en el citado Acuerdo N° 34/15, con la sanción de Ley N° 2.933 queda saldada la discusión que motivó el recurso planteado en autos, al consignar en forma explícita que los intereses integran la base a considerar para la regulación de honorarios. También, al establecer que el dispositivo es aplicable a situaciones jurídicas que no se encuentren firmes –tal, el caso presente-.

En virtud de las consideraciones expuestas, el cambio normativo operado, y de conformidad con lo resuelto por este Tribunal en los ya mencionados autos: "SUCESORES DE URRUTIA RUIZ DAVID ISRAEL C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Ac. 34/15, propongo al Acuerdo se rechace el recurso deducido, a fs. 433/437 vta., por la demandada.

En cuanto a la tercera cuestión planteada y sometida a escrutinio de este Cuerpo, atento que la sanción de la Ley 2.933 es posterior a la interposición del recurso extraordinario, estimo pertinente que las costas procesales sean impuestas por su orden (Arts. 68 última parte del C.P.C. y C. y 12° de la Ley 1.406).

Corresponde regular los honorarios de los Dres. MARIO A. MUÑOZ y LEONARDO E. GARCÍA, apoderado y patrocinante respectivamente de la actora, y WALTER A. MAXWELL y HERNÁN RIVAS –en el doble carácter por la demandada-, en un 25% de lo que le corresponda por su actuación en idéntico carácter, en Primera Instancia.

Asimismo, disponer la pérdida del depósito efectuado según constancias obrantes a fs. 432 (Art. 10° L.C.) dándole el destino dispuesto por la Ley de Autarquía N° 1.971. MI VOTO.

El señor vocal doctor RICARDO T.KOHON dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor OSCAR E. MASSEI y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, oído el Señor Fiscal, por unanimidad, SE

RESUELVE: 1°) RECHAZAR el recurso extraordinario por Inaplicabilidad de Ley deducido por la accionada –EMBOTELLADORA COMAHUE S.A.- a fs. 433/437 vta., en virtud de los fundamentos vertidos en los considerandos del presente. 2°) Imponer las costas de esta instancia por su orden por los motivos señalados precedentemente. (Arts. 68 -in fine- del C.P.C. y C. y 12° de la Ley 1.406). 3°) Regular los honorarios de los Dres. ... y ..., apoderado y patrocinante respectivamente de la actora, y ... y HERNÁN RIVAS –en el doble carácter por la demandada-, en un 25% de lo que les corresponda por su actuación en idéntico carácter, en Primera Instancia. 4°) Disponer la pérdida del depósito cuya constancia obra a fs. 432 (Art. 10° L.C.) dándole el destino dispuesto por la Ley de Autarquía N°1.971. 5°) Regístrese, notifíquese.

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

Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI

Dra. MARIA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS - Secretaria

Volver al índice -Por Organismo

-Por Tema

-Por Carátula

"TEMPESTTI MELISA NOELIA C/ COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. S/ COBRO DE HABERES" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 55/2010) – Acuerdo: 39/15 – Fecha: 14/10/2015

DERECHO PROCESAL: Recurso extraordinario local.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. SENTENCIA ARBITRARIA. ABSURDA VALORACION DE LA PRUEBA. CONVENIO COLECTIVO DE LOS TRABAJADORES DE PRENSA. INTERPRETACION DE LOS CONVENIO. CATEGORIA DE AUXILIAR. VALORACION DE LA PRUEBA. SANA CRITICA. PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD.

Es procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley impetrado por la actora contra la sentencia dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén –Sala II- que confirma en lo principal la sentencia de Primera Instancia que rechaza en todas sus partes la demanda por cobro de diferencias salariales e indemnizatorias y horas extras interpuesta por quien se desempeñó en un medio gráfico en la categoría auxiliar de la sección publicidad, y solo hacer lugar al reclamo por horas extras, toda vez que en el sub lite se configura la causal prevista en el inciso c) de la Ley 1.406 –arbitrariedad de sentencia-. Ello es así, pues, de la prueba producida se deriva que la actora realizaba tareas que requerían de especial capacitación. Por lo cual, exceden el encuadramiento convencional dado como Auxiliar, en tanto la función de ésta importa realizar acciones de simple colaboración, que no se compadecen con las realmente desempeñadas. Y en el tópico debe honrarse el principio de la supremacía de la realidad, inherente al régimen tuitivo establecido expresamente por la Ley de Contrato de Trabajo y los Tratados Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad -Art. 75, inc. 22, C.N. –

Texto completo:

ACUERDO N°39: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los catorce (14) días de octubre de dos mil quince se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. vocales OSCAR E. MASSEI y RICARDO T. KOHON con la intervención de la Secretaria Civil de Recursos Extraordinarios, doctora MARÍA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia en los autos caratulados: "TEMPESTTI MELISA NOELIA C/ COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. S/ COBRO DE HABERES" (Expte. N° 55 - año 2010) del Registro de la Secretaría de la Actuaria.

ANTECEDENTES: A fs. 137/149 la actora, mediante apoderado, dedujo recurso por Inaplicabilidad de Ley contra el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén –Sala II -obrante a fs. 128/131, que confirma en lo principal la sentencia de Primera Instancia obrante a fs. 103/107 vta., y solo hacer lugar al reclamo por horas extras.

A fs. 154/157 vta., la parte demandada contesta el traslado de ley.

Solicita se declare inadmisible el remedio deducido, con costas.

A fs. 170/171 vta.,a través de la Resolución Interlocutoria N° 2/13, se declara la admisibilidad del recurso de Inaplicabilidad de Ley, por las causales previstas en los incisos b) y c) del Art. 15º de la Ley 1.406.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido? 2) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas, el doctor OSCAR E. MASSEI dice:

I. A los fines de respetar un orden metodológico, realizaré una síntesis de los hechos relevantes para la resolución de este recurso.

1. A fs. 33/38 vta., la actora promovió demanda contra COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A., por el cobro de la suma de $ 35.641,81 en concepto de diferencias salariales e indemnizatorias y horas extras, con intereses y costas.

Relata que el 13 marzo de 2008 ingresó a trabajar para la demandada-empresa periodística que publica el diario "La Mañana de Neuquén", y que se desempeñó en la categoría auxiliar de la sección publicidad.

Reseña que cumplía tareas de diseño y armado de avisos publicitarios, preparación o modificación de los avisos pre-diseñados mediante el uso de programas digitales, tales como Corel Draw, Ilustrador, Photoshop, In- Desiing, entre otros.

Agrega, que en algunas oportunidades se encargaba de diseñar suplementos especiales de publicidad los que eran encargados por determinadas empresas, denominados "inserts", consistentes en varias páginas insertas en el diario, así como también folletos y otras tareas accesorias.

Indica que cumplía una jornada de trabajo de lunes a viernes de 9 a 12.30 hs y de 15.30 a 20 hs.; y los sábados, de 10 a 14 hs.

Respecto del encuadramiento sindical, afirma encontrarse comprendida en el ámbito del Estatuto del Empleado Administrativo de Empresas Periodísticas (Ley 12.921, ratificatoria del Decreto-Ley 13.839/46).

Expresa que, pese a cumplir una jornada laboral que excedía las 36 horas semanales establecidas por la ley de la materia, no le abonaron por las horas extras. Esta situación dio origen a reclamos de su parte en la oficina de personal, los que –alega- merecieron respuestas evasivas.

Afirma que ante esta situación el 23/10/08 remite telegrama colacionado intimando el pago a valores actualizados de las horas extras devengadas y no abonadas desde el inicio de la relación laboral con el recargo del 50% y 100%.

Asimismo, reclama se le abone el sueldo y diferencias salariales, de conformidad al Convenio Colectivo de Trabajo 541/08, Categoría A Administración, "Auxiliar Calificado/Especializado", más el adicional por zona del coeficiente 1,12 y el 1% de antigüedad (Arts. 32 y 57 del citado convenio).

La demandada rechaza la intimación de la actora por carta documento del 27/10/08 niega que cumpla una jornada laboral de 44 horas semanales y afirma que nunca superó las 6hs. y media de trabajo diario. Sin perjuicio de ello, pide que indique fecha y horas concretas que pretende haber trabajado en exceso, discriminado las correspondientes al 50% y al 100%. Con relación a categoría, adicionales y remuneraciones, niega que se le adeuden diferencias remunerativas. Niega la pretensión de encuadramiento como auxiliar calificado, expresa que las remuneraciones pagadas son las correspondientes a la escala salarial de la C.C.T. 541/08. Desconoce la procedencia del adicional por zona, en tanto lo establecido por el Art. 57 del Convenio Colectivo se aplica sobre los salarios básicos de los trabajadores de la zona al sur del paralelo 44. En cuanto al adicional por antigüedad, afirma no corresponderle dado la fecha de ingreso -13-03-08.

La actora responde por telegrama colacionado del 30/10/08. Se da por despedida, en virtud del desconocimiento de la real jornada laboral de 44 horas semanales trabajadas y la consiguiente negativa al pago de las horas extras devengadas, así como del rechazo de la categoría como auxiliar calificada/especializada según Convenio Colectivo de Trabajo 541/08. Indica que los básicos abonados resultan inferiores a todas las categorías de auxiliares de la escala salarial, Anexo 1, Medios Gráficos, Categoría A, Administración. Finalmente, expresa que el pago de las horas se puede

efectivizar mediante simple cálculo aritmético y que la determinación de las diferencias salariales surge de un simple cotejo entre lo pagado y la escala salarial de convenio.

La demandada remite carta documento el 3/11/08. Rechaza el telegrama de la actora y denuncia que incumple el deber de obrar de buena fe. Niega los supuestos agravios. Pone a disposición haberes y liquidación final, certificado de trabajo, servicios y remuneraciones.

La Sra. Tempestti afirma que por vía de la Convención Colectiva de Trabajo 541/08 se equipara a los empleados administrativos de empresas periodísticas -Ley 12.921- en cuanto a la indemnización por despido, preaviso y otros rubros, al personal comprendido en el Estatuto del Periodista profesional -Ley 12.908- y en consecuencia a la actora le corresponde la indemnización prevista por el Art. 43 de esta última norma.

Enfatiza la aplicación de lo dispuesto en el Art. 8° de la Ley de Contrato de Trabajo y hace hincapié que en virtud del Art. 24 de la citada convención colectiva, el pago en menos de las remuneraciones implican un despido incausado.

Finalmente, efectúa la liquidación de los rubros reclamados en función de la categoría el salario del auxiliar calificado / especializado contemplado el Convenio Colectivo que considera aplicable. Funda en derecho y ofrece prueba.2. Corrido el traslado de ley, a fs. 46/52 vta. contesta la demandada. Hace una negativa particularizada de los hechos más relevantes afirmados por su contraria y de su propia visión sobre ellos. Expresa que la actora cumplía un horario de trabajo de 9 a 12 horas y de 16 a 20 horas, de lunes a viernes.

Eventualmente un sábado por mes concurría, una o dos horas por la mañana para completar la jornada laboral de 36 horas semanales.

Afirma que las tareas de la actora no requerían conocimientos específicos, que no era diseñadora gráfica. Pero, que las labores que realizaba mal podían caracterizarla como auxiliar especializado o calificado, porque recibía los avisos que encargaban clientes adaptándolos a modelos ya existentes o trabajaba sobre un logo o aviso escaneado que luego adaptaba con supervisión de la Sra. Yanina LÉRTORA, quien tampoco era diseñadora gráfica. Enfatiza que la labor de la Sra. Tempestti era de reproducción, lo cual se correspondía con la categoría asignada.

Manifiesta, que desde su ingreso, estuvo así encuadrada, sin que hiciera reclamo alguno. Además dice que el C.C.T. 541/08 no describe las tareas que desempeña un auxiliar especializado o calificado.

Expresa que no existió agravio para denunciar el contrato de trabajo (Art. 242 de la L.C.T.), y por el contrario, la actora puso de manifiesto una conducta desaprensiva del principio de conservación del contrato y el de buena fe (Arts. 10 y 63 del texto legal citado).

Finaliza el responde con el planteo de inconstitucionalidad de las indemnizaciones especiales de los Arts. 52 y 55, incs. a) y b), del C.C.T. 541/08 y/o de toda otra norma convencional o legal (Leyes 12.908 y 12.921), que establezca indemnizaciones especiales y diferenciadas de las previstas por los Arts. 232 y 245 de la L.C.T.

3. La actora a fs. 57/58 contesta el traslado conferido y se expide respecto del planteo de inconstitucionalidad de su contraria.

En tal sentido, afirma que funda su derecho a percibir la indemnización especial como empleada administrativa de una empresa periodística en las previsiones de la C.C.T 541/08 y el derecho de las asociaciones sindicales de celebrar convenciones colectivas de trabajo está doblemente establecido en nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional (Arts. 14 bis y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).

Manifiesta que tales convenios son fuente autónoma de creación de normas, de carácter contractual, originados en la voluntad privada de los representantes de los trabajadores y empleadores. Que en este sistema el Estado interviene a través de la homologación una vez realizados los controles de legalidad y oportunidad- que no resulten contrarios a normas de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y el orden público, además de no afectar el bien común.

Subraya que a partir de dicha conformación estatal las convenciones adquieren el carácter normativo y obligatorio general o erga omnes (Ars. 4° y 5° de la Ley 14.250).

Manifiesta que no resulta admisible negar validez constitucional a los Estatutos Profesionales en atención al principio de igualdad ante la ley (Art. 16 de la C.N.). Al respecto –dice-, los periodistas tienen un estatuto especial y las

indemnizaciones que prevé son razonables. Aduna que resulta de aplicación el principio establecido por el Art. 9 de la L.C.T.

Culmina con cita de jurisprudencia de la C.S.J.N., que entiende aplicable al caso, en cuanto refiere que el Art. 43 del Estatuto del Periodista Profesional es constitucional por no constituir privilegio ni diferenciación arbitraria.

4. Sustanciado el proceso, a fs. 103/107 vta., se dicta la sentencia de Primera Instancia, la cual rechaza en todas sus partes la demanda interpuesta, con costas a la actora.

Sus fundamentos son: a) que el estatuto y el convenio que rigen para empleados administrativos, no mencionan cuáles son las categorías a las que se corresponde cada una de las tareas que efectúan las empresas periodísticas; b) respecto de la tipificación estatutaria de las funciones desarrolladas por la actora, considera que ésta llevó a cabo una tarea técnica sin probar la existencia de especialización o antecedentes particulares que permitan encuadrarla en una categoría distinta a la de auxiliar de la sección técnica; advierte que la accionante no acreditó antecedentes sobre especializaciones; c) en cuanto a las horas extras reclamadas, las desestima por insuficiencia probatoria; enfatiza que de la prueba testimonial rendida ninguno de los testigos trabajó en iguales horarios que Tempestti y que además mantienen causa pendiente con la demandada por cobro de haberes, lo cual no permite soslayar el interés que les cabría en el resultado de este pleito. A ello aduna que la exigencia de los Arts. 20 y 21 del Decreto 16.115/33 -planillas de horarios- no se incluye en la mención del Art. 52 de la L. C. T.

Finalmente, rechaza la pretensión incoada porque considera que el encuadramiento de la actora dentro de la C.C.T. 541/08 es correcto y falta prueba categórica de las horas extras.

5. Disconforme con el resolutorio se alza la actora, e interpone apelación a fs. 109/114 vta.

Centra sus agravios en la interpretación errónea de no considerarla como auxiliar calificada. Esgrime que el Convenio Colectivo en cuestión no exige calificación previa alguna ni titulo habilitante; tampoco antecedentes previos.

Además, sostiene que el fallo del A-quo no ponderó que las tareas requerían, al menos, conocimientos específicos.

Por tanto, si el C.C.T. no exige antecedentes y no puede determinarse el verdadero alcance de las tareas, concluye en que debe aplicarse el Art. 9 de la L.C.T.

Observa que la judicatura de grado, soslaya el principio iura novit curia en tanto no atiende a las normas análogas que permitan determinar la significación jurídica de la materia debatida (Arts. 1, 8, 9, 11 y 16 de la L.C.T y 15 y 16 del Código Civil), además de interpretar el Convenio en perjuicio del trabajador.

Por otra parte, hace mención a los Convenios Colectivos Nros° 301/75 de Capital Federal y 391/75 de la provincia de Corrientes, respectivamente, señalando que tampoco en estos se exigen antecedentes específicos ni título habilitante, siendo suficientes las funciones asignadas al trabajador.

Asimismo, sostiene que no está en discusión el horario de ingreso y egreso de la actora, de 9 a 20 horas, sino la media hora posterior a las 12 y anterior a las 16 horas, que es negada por la demandada.

Afirma que es irrazonable el argumento que los testigos no hacían el mismo horario, ya que todos estaban presentes en su lugar de trabajo desde las 12 a las 16 horas, de lunes a viernes.

Subraya que el C.C.T. 541/08 establece una jornada máxima de 6.30 horas diarias de 36 semanales (Art. 49). A ello añade que no cumplía la jornada diaria de manera continuada. De modo tal que aun sin considerar los horarios de los sábados, las jornadas de trabajo superaron la de convenio por lo cual deben ser abonadas con el recargo del 50% o 100°, según corresponda.

También se agravia por la desestimación que efectúa la judicatura de los testimonios brindados por sus ex compañeros de trabajo, por tener juicios pendientes contra la demandada. Ello así, ya que el A-quo, pese a manifestar que serían apreciados de conformidad al Art. 458 del C. P. C. y C, enfatiza que no puede dejar de considerar el interés de los deponentes en el resultado de este pleito, en tanto resulta coincidente con sus propias pretensiones.

En su crítica, la apelante desarrolla varios argumentos. En primer lugar, que el testigo con juicio pendiente no se encuentra excluido de declarar, conforme al Art. 427 del Código Procesal. En segundo lugar, los declarantes, por haber prestado servicios en la misma oficina que la actora, son testigos calificados para acreditar las circunstancias de

hecho denunciadas en la demanda. Afirma que para descalificar la prueba testimonial era necesario acreditar, por otros medios, que tales declaraciones resultaban falsas o contradictorias.

Asimismo, ataca el fallo porque no hizo efectivo el apercibimiento previsto por el Art. 38 del Código de Procedimientos en lo Laboral. Manifiesta que es contradictorio intimar a la presentación de las planillas de horarios conforme a lo prescripto por los Arts. 20 y 21 del Decreto 16.115/33 para luego negar carácter operativo a la presunción legal.

Ello así, porque el Art. 52 de la Ley de Contrato de Trabajo exige que el libro consigne además de los datos de identificación del trabajador, remuneraciones y otros … "c) los que establezca la reglamentación". En consecuencia, resultan aplicables los Arts.20 y 21 del Decreto 16.115/33 y 55 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Cita jurisprudencia en aval de su postura.

Luego, asevera que si bien en principio las horas extras son excepcionales, su acreditación presenta dificultades para los trabajadores, porque estos no llevan constancias registrales, las que sí se encuentran a cargo de la empleadora; y respecto de este tema considera aplicable la doctrina de la carga probatoria dinámica.

Como último agravio, dice que no es imputable a la trabajadora la inobservancia del principio de conservación del contrato cuando, en virtud de éste, se avasallan elementales derechos, tales: al trabajo digno, a la jornada limitada de trabajo, al de igual remuneración por igual tarea, todos ellos derechos humanos fundamentales reconocidos por la ley, las convenciones colectivas de trabajo, la Constitución Nacional (Art. 14 bis) los Tratados Internacionales y los Convenios de la O.I.T.

6. La demandada contesta el memorial a fs. 120/124. Afirma que la crítica ensayada por la actora no tuvo en cuenta las declaraciones de Yanina Lértora (fs. 78) y Magalí PRESA (fs.80), además de que los argumentos vertidos por la apelante sólo expresan una mera discrepancia con lo decidido.

En cuanto al segundo agravio, manifiesta que la crítica carece de sustento porque su parte los impugnó y a ello se suma el manifiesto interés de los declarantes en el resultado de este pleito. Al respecto, advierte que los tres testigos –ofrecidos por la actora- han promovido acciones-en concepto de diferencia de categorías y horas extras- con igual representación e idéntico patrocinio letrado que el de la actora en este proceso, las que tramitan en los autos caratulados: "Natta Vera, Ricardo Gabriel c/ Comunicaciones y Medios S.A. y Otros s/ Cobro de Haberes"; "Suarez, Mariela del Carmen c/ Comunicaciones y Medios S.A. y Otros s/ Cobro de Haberes" y "Paz López, Albana María c/ Comunicaciones y Medios S.A. s/ Cobro de Haberes". Ergo, es obvio, el interés que tienen estos testigos en el resultado del presente proceso.

Por otra parte, entiende que no resulta incongruente intimar a la presentación de las planillas y posteriormente advertir que éstas no están incluidas en el Art. 52 de la L.C.T. Argumenta que dicho precepto legal se refiere al contenido del Libro Especial y no a las planillas que prevé el Decreto 16.115/33, a lo que debe sumarse que esta última no obliga a llevar planillas de horario, y por lo demás, éste no es un recaudo incluido en el Art. 140, incs. c) y e) de la Ley de Contrato de Trabajo, porque la Sra. Tempestti no era una trabajadora remunerada por jornal ni por hora.

Continúa su réplica. Afirma que aun desde la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, el embate no tuvo en cuenta que su parte aportó prueba contundente sobre la improcedencia de las diferencias por categoría y horas extras, a través de los testigos Lértora y Presa.

Culmina su responde aseverando que la actitud de la trabajadora, que contaba con siete meses de antigüedad y no había efectuado reclamos documentados en relación con las horas extraordinarias, asumida inmediatamente después de la respuesta de la patronal, resulta apresurada y contraria al principio de buena fe (Art. 63 de la L.C.T.).

7. A fs. 128/131, la Cámara de Apelaciones emite su pronunciamiento. Confirma en lo principal la sentencia de grado y sólo hace lugar al reclamo por horas extras que mereció recurso de aclaratoria de la demandada a fs. 134, mediante el cual se modifica el monto de condena, el que se reduce a $4.703,40, con más el interés desde que la suma es debida hasta su efectivo pago. Impone las costas de ambas instancias en el 70% a la actora y el 30% restante a la demandada (Art. 71 del C.P.C. y C).

Parte de considerar que no resultan de aplicación las normas análogas para establecer la verdadera categoría correspondiente a las tareas desempeñadas por la actora.

Estima que si bien para las tareas no se requiere calificación previa o titulo habilitante, no existe constancia de que la Sra. Tempestti contara con antecedentes que permitan una calificación por encima de la de auxiliar. Además que se encuentra acreditado que en el agrupamiento técnico en el cual se desempeñaba no realizaba tareas específicamente calificadas, sino complementarias del sector. Concluye que en razón de la antigüedad de la actora, su ubicación en el escalafón era la correcta.

Como ya se expuso,los judicantes hacen lugar a las horas extras y tienen por probado que la accionante cumplía 40 horas de lunes a viernes y 4 horas los sábados, lo que suma 8 horas semanales por encima de las 36 horas de convenio y ordenan pagar 6 horas extras al 50° y 2 horas al 100%, conforme al Art. 201 de la L.C.T.

En relación con el despido indirecto, lo consideran injustificado por dos razones: a) su reclamo en cuanto a la categoría no resultaba atendible; y b) la demandada se avino, en principio, a evaluar la veracidad, procedencia y extensión del reclamo por horas extras. En consecuencia: la ruptura del contrato de trabajo fue prematura y contraria al principio establecido por el Art. 10 de la LCT.

II. Hecha la descripción de lo acontecido en las instancias que precedieron, y abierta la vía casatoria a través del carril de Inaplicabilidad de Ley, en virtud de las causales previstas en los incisos b) y c) del Art. 15° de la Ley 1.406, considero oportuno comenzar por el tratamiento de la arbitrariedad denunciada, en tanto dicho planteo controvierte la base fáctica de la causa.

Sentado ello, resulta necesario examinar si han mediado vicios en la adecuada fijación y adecuación de los hechos, a fin de poder evaluar, a partir de ello, si se ha arribado a un correcto encuadre normativo o bien, se ha producido la infracción legal denunciada por la recurrente.

La queja vertida se centra en controvertir la labor desplegada por la Cámara sentenciante, en punto a la ponderación de las pruebas colectadas, materia que, en principio, resulta ajena a la revisión en esta instancia, salvo que se invoque y demuestre la configuración de absurdo probatorio.

Conforme doctrina de este Cuerpo, la causal de arbitrariedad prevista por vía de Inaplicabilidad de Ley, debe ser entendida en torno a la figura del absurdo en la valoración de los hechos y pruebas. Y dicha causal refiere a un vicio descalificante, de acuerdo al concepto acuñado por este Tribunal, en la especial hipótesis en que la judicatura de grado al sentenciar, lejos de ser coherente, incurre en una operación intelectual que la lleva a premisas o conclusiones que transgreden las leyes de la lógica o del raciocinio (cfr.Acuerdos Nros. 30/91,50/92, 80/93, 115/95,1/12,5/12, y R.I. Nros. 1391/96, 94/01, entre muchos otros).

Este Alto Cuerpo lo ha caracterizado como:

[…] el error grave y ostensible que se comete en la conceptualización, juicio o raciocinio, al analizar, interpretar o valorar pruebas o hechos susceptibles de llegar a serlo con tergiversación de las reglas de la sana crítica en violación de las normas jurídicas procesales aplicables, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico formal o insostenible en la discriminación axiológica" (Cfr. T.S.J.N., Ac. N° 19/98, "CEA").

También ha dicho:

"[...] se configura apreciación absurda de la prueba cuando se da categoría probatoria a lo que por naturaleza no puede tenerla, o a piezas que no se refieren al hecho en discusión o que demuestran lo contrario a lo afirmado en la sentencia" (cfr. Ac. 171/96).

Por ello, resulta un instituto excepcional y de interpretación restrictiva, circunscripto al supuesto en que se acredite la violación a las reglas que rigen la materia, a cuyo respecto, cabe agregar:

Este […] vicio (error) por hallarse en la base misma del proceso mental del juez o –o jueza- (y cualquiera sea la lógica del itinerario seguido y la corrección formal de las conclusiones en definitiva aceptadas), lleva necesariamente a apartarse de la verdad cuyo esclarecimiento se busca. Y lo garrafal de la desinterpretación finca en que las propias constancias del proceso desmienten el sentido que el juzgador atribuye a un determinado elemento probatorio y en la trascendencia que esa premisa visiblemente equivocada tiene para la ulterior decisión sobre los hechoscontrovertidos" (Cfr. Heberto A. BAÑOS en su obra 'La prueba en conciencia' (pág. 27 cit. por Augusto M. Morello 'La Casación', pág. 335, Acuerdos. Nros. 18/2000" "Pentak" y 27/2001 "Coca").

En la especie, adelanto opinión en el sentido de que asiste razón a la impugnante, por lo cual su pretensión recursiva ha de prosperar.

Ello así, porque del análisis global del material probatorio y en particular de la prueba documental y testimonial surge palmario que la magistratura de Alzada ha infringido las reglas de la sana crítica. Ello derivó en la determinación errónea de la plataforma fáctica y por tanto, en una conclusión que no puede considerarse acertada al haberse trocado la correcta interpretación de los hechos a subsumir en el derecho aplicable.

En anteriores oportunidades he sostenido que la ley de rito ha encomendado a la judicatura apreciar libremente la prueba, pero sujeta a principios que eviten la arbitrariedad. Así, el Art. 386 del C.P.C.y C. coloca un cerco a la actividad jurisdiccional –en lo que a la apreciación del material probatorio se refiere- constituido por las reglas de la sana crítica. (cfr.Ac. N° 14/02 "MOSQUEIRA").

Como bien lo señala Roland ARAZI, ninguna ley indica cúales son estas reglas de la sana crítica. Concluye el autor citado en que ellas conforman un sistema que concede al juez (o jueza) la facultad de apreciar libremente la prueba, pero respetando las leyes de la lógica y las máximas de la experiencia (cfr. aut. cit., La Prueba en el proceso civil, Edit. La Rocca Bs. As. 1991, pág. 102 y sgts.).

Dichas reglas excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta de quien juzga.

Se trata de los principios (de la lógica y de las máximas de la experiencia) extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente, como fundamentos de posibilidad y realidad (cfr. PALACIO-ALVARADO VELLOSO, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado, y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1994, pág. 140).

En tal sentido, nos enseña el maestro Morello que la sana crítica resulta un complejo estimativo que no corresponde ni confina una lógica rigurosa o absoluta, más bien, con flexibilidad y captación realista de la penetración en el análisis psicológico de las declaraciones de las partes, se vale de los testigos y de las explicaciones de los peritos, insertándolas en un cuadro más amplio, que se abastece en la totalidad de las circunstancias que son pertinentes (cfr. aut. cit. en Acuerdo 19/1998 in re "Cea Nivaldo del Tránsito c/ Aburto Carlos Guillermo y otro s/ Daños y Perjuicios").

El tribunal de alzada, al ponderar las pruebas documental y testifical, juzga correcta la categoría en que se encuadra a la actora dentro del Convenio 541/08, así se sostiene:

[…] Entiendo además correcto el análisis efectuado por el sentenciante en tal sentido, por cuanto, si bien para las tareas no se requiere calificación previa o título habilitante, no existe constancia de que la actora hubiera tenido antecedentes, que ameriten una calificación por encima de la de "auxiliar", por cuanto se ha demostrado además que, dentro del agrupamiento técnico en el que se desempeñaba no realizaba tareas específicamente calificadas, sino de carácter complementario del sector y teniendo en cuenta, además, la antigüedad de la misma, entiendo que se encontraba correctamente ubicada en el escalafón respectivo. No se ha acreditado en autos, el cumplimiento de funciones propias del cargo que considera le correspondía, razón por la cual el agravio debe ser desestimado" (sic. fs. 129 y vta).

Ahora bien, esta conclusión categórica de la Cámara resulta absurda a la luz de las constancias de la causa. Así, respecto de la categoría, pese a reconocer que no se exige calificación previa o título habilitante, a renglón seguido plantea la exigencia de antecedentes que amerite una calificación por encima de la de auxiliar.

Más allá, de las diferencias terminológicas, el razonamiento del Ad-quem no se corresponde con las leyes de la lógica, al incurrir en la contradicción señalada.

En pocas palabras: sostienen que convencionalmente no se requieren conocimientos especializados para luego exigirlos, bajo la denominación de "antecedentes", por lo cual en forma meridiana se advierte que se quebrantó en el principio de no contradicción. Ergo el vicio denunciado a dicho respecto resulta probado.

Por otra parte, y en lo que hace a la prueba testimonial, ocurre lo propio.

En efecto las declaraciones de los testigos Nata Vera (fs. 77/vta). Mariela del Carmen Suárez (fs. 79/vta.) Paz López (81/vta) y Radovani (fs. 82) son contestes en afirmar las tareas efectivamente desarrolladas por la actora, especificando que operaba diversos programas de computación para el diseño de avisos; y también son precisos y

concordantes en cuanto al sentido estético y publicitario que requiere la diagramación de aquellos, lo cual se corresponde con las máximas de la experiencia, en tanto surge del sentido común.

De ello se deriva que la actora realizaba tareas que requerían de especial capacitación. Por lo cual, exceden el encuadramiento convencional dado como Auxiliar, en tanto la función de ésta importa realizar acciones de simple colaboración, que no se compadecen con las realmente desempeñadas. Y en el tópico debe honrarse el principio de la supremacía de la realidad, inherente al régimen tuitivo establecido expresamente por la Ley de Contrato de Trabajo y los Tratados Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad -Art. 75, inc. 22, C.N.

Sentado lo que antecede, cuadra referirse a lo decidido por la Alzada respecto del incumplimiento sistemático de la empleadora durante toda la relación laboral, al reconocer las horas extras trabajadas por la actora y condenar a su pago.

Para ello se basa en las mismas testimoniales obrantes en la causa teniéndolas por veraces, no obstante los litigios pendientes de los deponentes con igual empleadora, en razón de la concordancia de sus declaraciones e inexistencia de prueba de su falsedad.

Con lo cual se evidencia la violación al principio de apreciación global de la prueba.

A lo expuesto ha de sumarse que los sentenciantes hacen efectivo el apercibimiento previsto por el Art. 38 de la Ley 921, ante la falta de presentación de las planillas de horarios exigidas por los Arts. 20 y 21 del Decreto 16.115/33, reglamentario de la Ley 11.544.

Es decir, la empleadora no probó llevar el libro de registro especial en el que debía constar el trabajo prestado en horas extraordinarias, obligación que también imponen los Arts. 8 y 11, punto 2, de los Convenios 1 y 30 de la O.I.T., ambos ratificados y de jerarquía supra legal de acuerdo al ya citado Art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, en cuanto se establece:

[…] c) inscribir en un registro, en la forma aprobada por la legislación de cada país o por un reglamento de la autoridad competente, todas las horas extraordinarias efectuadas de acuerdo con los artículos 3 y 6 del presente Convenio".(cfr. Convenio Nro. 1 Artículo 8).

No obstante ello, ante el rechazo de la actora a la propuesta que le hizo la empleadora de evaluar la procedencia y extensión de las horas extras, la Cámara concluyó que el despido indirecto en que se colocó la trabajadora fue injustificado por prematuro y contrario al principio establecido en el Art. 10 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Esta ponderación errática del plexo probatorio forja mi convicción en sostener que la Cámara de Apelaciones ha incurrido en el vicio denunciado.

Ya que, por un lado, hace lugar al reclamo de horas extras sobre la base de la prueba testimonial y aplica el apercibimiento del Art. 38 de la Ley 921, teniendo por ciertos los hechos afirmados por la actora, empero califica al despido indirecto como injustificado porque la Sra. Tempestti no se avino a la propuesta de la demandada para evaluar la procedencia y extensión de las horas extras. (vide fs. 130).

En síntesis: existe la contradicción lógica en el fallo en el tópico bajo análisis, puesto que se descalifica la negativa de la actora a la evaluación de las horas extras, pese haber reconocido su procedencia e incluso calculado la suma debida y condenando su pago.

Por todo lo expresado, a la cuestión planteada: VOTO POR LA AFIRMATIVA.

III. De conformidad con los prescripto por el Art. 17°, inc. c), de la Ley 1.406, corresponde recomponer el litigio, previo a analizar los agravios vertidos en la Alzada, por la actora.

A través de los extremos que causan perjuicio, la recurrente controvierte el análisis de las pruebas y los fundamentos en los que el juez de Primera Instancia construyó la plataforma fáctica que lo llevó a concluir que la actora se encontraba correctamente encuadrada en la categoría de auxiliar de la sección técnica y desestimó el reclamo de diferencias salariales y horas extras.

De su examen resulta que corresponde remitirse en lo principal a las cuestiones ya abordadas y analizadas en forma precedente.

A ello ha de adunarse ciertas consideraciones respecto de la documental obrante a fs. 2/5 y su incidencia en uno de los principios generales del Derecho del Trabajo. Tal el de la buena fe, previsto por el Art. 63 de la Ley de la materia.
Dicho principio constituye una guía para la aplicación, interpretación e integración de las normas laborales (cfr. Etala, Carlos Alberto, Contrato de Trabajo", Tomo 1, Editorial Astrea, 6° edición actualizada y ampliada, Buenos Aires 2008, pág. 225)
De las constancias de la causa surge que la actora efectivamente cumplía tareas en tiempo suplementario. En consecuencia, la demandada se encontraba obligada a llevar un registro especial, en el cual dejara asentado el trabajo prestado en horas extras (Arts. 6° de la Ley 11.544 y 21 del Decreto 16.115/33,52 y 55 de la Ley de Contrato de Trabajo).
Ante ello, la accionante y en forma previa a resolver el vínculo laboral, intimó a su empleadora para lograr que le sea reconocida la categoría de convenio como auxiliar calificada y las horas extraordinarias. Frente a ello, la demandada conforme surge del intercambio epistolar rechazó tales conceptos en abierta contradicción al principio de la buena fe contractual (Arts. 62, 63 y 10 de la Ley de Contrato de Trabajo).
La jurisprudencia en la materia ha dicho:
"Si bien el actor no probó la cantidad de horas extras laboradas, de la prueba pericial surge que medió desempeño extraordinario lo cual lleva a presumir como cierto el número de horas extraordinarias estimado en la demanda, en razón de que la demandada no probó llevar el libro registro previsto en el art. 6 inc. c) de la Ley 11.544 y en el art. 21 del decreto reglamentario 16.515, registro que sin duda debe ser llevado cuando en la empresa se trabaja en tiempo extraordinario. Cuando una norma jurídica reglamenta la existencia de un documento o registro, aunque no diga en forma expresa que debe llevarse y conservarse, ésta es la interpretación lógica que debe efectuarse toda vez que las normas legales- y en especial-las laborales- tienden a ser auto aplicables y no meramente abstractas. La excepción sólo se da cuando el precepto en forma clara indica que el llevado o conservación de tales libros, registros o documentos será facultativo, lo que no ocurre con la norma analizada" (CNT, Sala II "Laciar, Leopoldo I.J. c/ Derudder Hnos. SRL s/ Despido; "Gutiérrez, Rodrigo c/ Tecnología de Imagen Textil SA s/ Despido").
También:
[…] en la medida que la demandada no exhibió documentación alguna relacionada con la jornada de la actora, corresponde presumir que son ciertas las horas extras denunciadas en la demanda, siendo la accionada quien debía producir prueba en contrario (conf. art. 52 inc.g) y h y art 55 LCT"(CNAT Sala VI "Moscoso, María Laura c/ Antunis Segundamano Argentina SA s/ despido"; Sala VI Báez, Pedro Alberto c/ Transporte Servermar S.A. s/ despido"; "Alegre, Patricio Emmanuel c/ Bino SRL y otro s/ despido).
La norma legal supra citada impone el deber genérico de buena fe, transgredido sistemáticamente por la empleadora, y este marco jurídico es el que moldea la solución del presente.
Ello así, porque la denuncia del contrato por parte de la Sra. Tempestti, tuvo su origen en el obrar de su empleadora, quien incurrió en incumplimientos contractuales- al negar los créditos laborales que le correspondían, los que por su gravedad equivalían a resolver el vínculo laboral. En consecuencia las indemnizaciones previstas para el despido sin justa causa, son también procedentes para el presente caso.
El Art. 246 de la Ley de Contrato de Trabajo, dispone:
"Cuando el trabajador hiciese denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, tendrá derecho a las indemnizaciones previstas en los artículos 232,233 y 245".
Al respecto, Justo López subraya que la solución consagrada por la norma bajo examen, responde al pacto comisorio implícito en los contratos sinalagmáticos de prestaciones recíprocas, además de guardar correspondencia con el carácter bilateral de la injuria (Cfr. autor citado en Ley de Contrato de Trabajo Comentada, T° II, págs. 1268, 2° Edición Edit. Contabilidad Moderna Buenos Aires, 1987).
La solución normativa encuentra anclaje en lo dispuesto por el Art. 14 bis de la Constitución Nacional que exige la protección contra el despido arbitrario, principio predominante en el Derecho Laboral y asimismo en el Convenio N° 158 de la O.I.T., sobre terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, el que no obstante no haber sido

ratificado por Argentina, constituye una pauta valorativa en el desarrollo de los derechos humanos referidos a la protección del trabajador.

Desde esta perspectiva, el pronunciamiento en revisión no consideró las particularidades de la materia a decidir referidas a derechos que están especialmente protegidos por la Constitución Nacional. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado:

[…] que la relación de trabajo reviste una especificidad que lo distingue de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación del trabajador constituye una actividad inseparable e indivisible de su persona y, por tanto de su dignidad como tal. El principio protectorio que establece la Ley Fundamental y el plexo de derechos que de él derivan, así como los enunciados de las declaraciones y tratados de jerarquía constitucional, han hecho del trabajador un 'sujeto de preferente tutela'" (Fallos: "Vizzoti" 327:3677; "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A."322:2043 […]" (Cfr.C.S.J.N. Fallos: 534.XLIV)

El derecho de las asociaciones sindicales de celebrar convenciones colectivas de trabajo, tiene dentro de nuestro ordenamiento jurídico jerarquía constitucional (Arts. 14 bis y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional).

Como sostuve en mi voto en la causa "Asencio, Martín Javier y Otros c/ Grúas Gut S.R.L. S/ Despido" y sus acumulados:

"[…] la Convención Colectiva, como fuente específica del Derecho Laboral, posee como principal consecuencia la obligatoriedad de sus disposiciones. Sus cláusulas, como bien se ha precisado, se adscriben a un estatus propio, cuyos efectos son los siguientes: a) son inmediatamente aplicables, porque, como las leyes imperativas, derogan ipso facto todo lo que se les oponga y que sea de un nivel inferior (contratos individuales de trabajo) y no sea más beneficioso (Art. 7°, Ley 14.250); b) son obligatorias, en tanto no se requiere su aceptación por las partes; c) son inmodificables e irrenunciables (Art. 12°, L.C.T.); d) son nulas y sustituidas de pleno derecho las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador este tipo de normas (Art. 13, L.C.T.); e) son inderogables en la medida que ingresan al derecho positivo con el rango ya precisado (cfr. C.N.A.T., Sala I, 13-3-74; L.L. 155-729, cit. por Ricardo Luis Lorenzetti, Convenciones Colectivas de Trabajo, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1988, pág. 85, págs. 65, 84, 220 y 221) (cfr. Mi Voto en Acuerdo N° 34/09).

Las convenciones colectivas, en tanto acuerdos bilaterales entre partes colectivas con intereses opuestos, tienen alcance general porque constituyen normas aplicables a todos los sujetos que componen el grupo. De lo dicho podemos sostener que el acto de acordar el convenio colectivo tiene naturaleza afín con el contrato (Art. 1197 del Código Civil), mas se diferencia de éste porque las partes que representan los intereses comunes son sujetos colectivos de un todo específico.

Desde otro vértice, tiene semejanza con la ley por el alcance general de lo convenido, y concretamente dicho alcance general inhibe explicarlo como el resultado de la autonomía individual, pero ello no significa que pueda serle reconocido un carácter estatal con poder normativo público.

Y esta autonomía colectiva se encuentra contemplada por el ordenamiento estatal mediante la Ley 14.250 (Arts. 4° y 5°) la cual reconoce su eficacia general respecto del grupo profesional, luego de su homologación, la que está condicionada a la no violación de normas de naturaleza superior como la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, las de orden público además de la no afectación del interés general.

La distinción acerca de la naturaleza pública o privada de los convenios colectivos de trabajo, se proyecta en la problemática de interpretación del convenio colectivo, es decir, como un contrato o por el contrario, como una ley en el sentido de norma de origen estatal.

Ello así, porque si bien los convenios colectivos de eficacia general constituyen leyes en sentido material, por ser fuente para el ordenamiento jurídico estatal, no significa que lo sean en orden formal, toda vez que por su naturaleza jurídica son profesionales.

Y estas características son las que determinan que los convenios colectivos no constituyan un conjunto pleno de normas jurídicas, en el que cada caso particular pueda ser subsumido. Y esta diferenciación no resulta menor, porque de ella se desprende la prohibición de la aplicación extensiva o analógica de las convenciones colectivas de trabajo. (Art. 16 de la L.C.T.).

Es decir, ante un supuesto de ausencia de reglamentación, la norma legal no permite su integración mediante la aplicación extensiva o analógica de una convención a otra. En otras palabras, la laguna convencional no podrá ser integrada analógicamente por lo establecido en otro convenio. Ello así, por su propia naturaleza jurídica, al constituir –como ya se dijo- un acuerdo entre partes, no permite la incorporación de normas que no fueron objeto de lo acordado por la representación sindical y empresaria, negociadoras del órgano paritario, y con aptitud legal para fijar sus alcances con respecto a un determinado sector de las relaciones de trabajo.

Bajo esta perspectiva, resulta improcedente la pretensión de la actora de utilizar las descripciones de las tareas referentes a las distintas categorías y sectores contenidas en otros convenios, para el correcto encuadre de su parte en el Convenio Colectivo de Trabajo 541/08. Ello así, porque la operación de extraer las tareas involucradas en las categorías laborales de otros convenios, implica la aplicación analógica que está proscripta por el Art. 16 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Ahora bien, más allá de lo antes expresado, cabe considerar que no se está en el sub-lite ante la necesidad de integración de normas. Es que a los fines de su adecuada resolución corresponde estar a la totalidad de las constancias de la causa –que conforme lo ya considerado, dan suficiente respaldo para tener por acreditado que la actora desempeñaba tareas que excedían la categoría de Auxiliar, y se correspondían con las de Auxiliar calificada /especializada de acuerdo al Convenio de aplicación.

En cuanto al planteo de inconstitucionalidad articulado al contestar la demanda, respecto de los Arts. 52 y 55, incisos a) y b), de la Convención Colectiva de Trabajo de marras y de Las Leyes 12.908 y 12.291, en cuanto establecen indemnizaciones especiales y diferenciadas de las previstas por los Arts. 232 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, por considerarlas violatorias de los Arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional, adelanto que no asiste razón a la demandada. Ergo la invalidación que pretende no habrá de prosperar.

En efecto, y tal como expusiera supra, las cláusulas contenidas en las convenciones colectivas de trabajo regulan intereses privados. Por lo tanto no son normas públicas, como tampoco tienen en mira el bien común, sino ciertos intereses privados, aunque colectivos. En consecuencia, no constituyendo ley en sentido formal la declaración de inconstitucionalidad resulta impertinente.

A ello, cabe agregar que las normas que llegan cuestionadas tuvieron origen en un convenio colectivo de trabajo, acordado por la asociación gremial que representa al trabajador, y homologado por el Ministerio de Trabajo, luego del examen de legalidad y oportunidad, todo lo cual brinda a sus cláusulas efectos erga omnes.(cfr. Ley 14.250), para cuyo cuestionamiento el ordenamiento jurídico brindó distintos medios, diversos al intentado.

A ello se agrega que el planteo compara los beneficios que otorga el Convenio Colectivo N° 275/96 para los trabajadores gráficos que se desempeñen en una empresa periodística, con los del Convenio N° 541/08, aplicable a los trabajadores que lo hacen en empresas editoras de diarios, incluidos en las Leyes 12.908 y Decreto 13.839/46, ratificado por la Ley 12.921- Empleados Administrativos de Empresas Periodísticas-, del que se excluye expresamente al personal de taller gráfico.

Esta línea de argumentación es errónea y contradictoria, porque la demandada encuadró a la actora dentro del Convenio Colectivo 541/08, si bien en una categoría inferior, mas pretende eludir las obligaciones regulatorias del despido y las indemnizaciones agravadas previstas por la cláusulas 52 y 55 so pretexto que, al no existir diferencias entre las tareas que realiza un trabajador gráfico con las de la actora se violaría el principio de igualdad ante la ley y el derecho de propiedad consagrados en los Arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional.

Es de toda evidencia que no se trata del mismo tipo de tareas. Son absolutamente disímiles. Y en esa diversidad se basa la existencia de distintos convenios, que pueden ser aplicables a una misma empresa, en tanto en ella se desarrollan actividades de muy variada índole. Pero no puede de ninguna manera ser asimilada la labor de un trabajador gráfico con una empleada administrativa de una empresa periodística, tal el caso de autos.

De modo que el planteo esgrimido resulta huérfano de sustento, al punto que la propia Convención Colectiva 541/08, excluye de su marco normativo a ese sector laboral.

La C.S.J.N. tiene dicho:

"El art. 43 del Estatuto del Periodista profesional- …no es violatorio de la garantía constitucional de la igualdad.

[…] No es atendible la impugnación constitucional del art. 43 del Estatuto del periodista Profesional…. fundada en que vulnera la garantía de igualdad al otorgar un reconocimiento mayor, en caso de despido arbitrario, que el reconocido por otras normas a la generalidad de los trabajadores. Dicha garantía no impone una reglamentación uniforme de los distintos contratos laborales…](Fallos: "Recurso de hecho en la causa Roca Mario Alberto c/ Análisis S.A.I.C." 3/4/72).

Por todas las consideraciones hasta aquí vertidas, propicio declarar procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley impetrado por la actora, por la causal prevista en el inciso c) de la Ley 1.406.

En consecuencia y en virtud de los fundamentos expuestos, ha de recomponerse el litigio mediante el acogimiento del recurso de apelación deducido a fs. 109/114 vta., por la accionante, hacer lugar a la demanda entablada en todas sus partes, y revocar el fallo dictado en Primera Instancia obrante a fs. 103/107 vta., debiendo practicarse la correspondiente liquidación en origen. Esto es, el cálculo de la indemnización por despido incausado, las diferencias salariales peticionadas en el escrito de demanda y las horas extras reclamadas. Dichos montos devengarán a su vez, los intereses según corresponda –desde la fecha del despido y desde que cada suma es debida en el caso de horas extras y diferencias salariales- a la tasa promedio entre la activa y pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén hasta el 1-1-2008; y con posterioridad y hasta el efectivo pago, a la tasa activa mensual del mismo Banco. (cfr. Acuerdos nro. 23/10, 38/12, del registro de la actuaria).

III. Finalmente, con respecto a la tercera cuestión planteada, propongo se impongan las costas de todas las instancias a la demandada vencida (Arts. 68° del Código Procesal y 12° de la Ley Casatoria). MI VOTO.

El señor Vocal doctor RICARDO T. KOHON dice: comparto los argumentos expuestos por el Dr. Oscar E. MASSEI y la solución que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, SE RESUELVE::

1°) Declarar PROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley impetrado por la actora a fs. 137/149 contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, obrante a fs.128/131, CASANDO dicho fallo en virtud de la causal prevista en el Art. 15°, inc. c), de la Ley 1.406, conforme lo considerado. 2°) Por imperio de lo dispuesto en el Art. 17°, inc. c, del ritual casatorio, RECOMPONER el litigio mediante el acogimiento del recurso de apelación interpuesto por la actora Sra. MELISA NOELIA TEMPESTTI a fs. 109/114 vta., haciendo lugar a la demanda promovida por su parte y condenando a la demandada COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A., a abonarle la suma de pesos que resulte de la liquidación a practicarse en la instancia de origen, suma que deberá ser abonada en el término de diez días de notificada y cuyo cálculo comprende la indemnización por despido incausado, las diferencias salariales peticionadas en el escrito de demanda y las horas extras reclamadas. Dichos montos devengarán a su vez, los intereses según corresponda –desde la fecha del despido y desde que cada suma es debida en el caso de horas extras y diferencias salariales- a la tasa promedio entre la activa y pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén hasta el 1-1-2008; y con posterioridad y hasta el efectivo pago, a la tasa activa mensual del mismo Banco. 3°) Imponer la totalidad de las costas de Primera Instancia, Alzada y de la presente a la demandada perdidosa (Arts. 17 de la Ley 921, 68 y 279 del C.P.C. y C. y 12° de la Ley 1.406). 4°) Readecuar los honorarios de los profesionales al nuevo pronunciamiento, y regular los correspondiente a esta instancia, a los Dres. ... y ... –en el doble carácter por la actora- y Dres. ... y ... –en el carácter de apoderado y patrocinante, respectivamente- por la demandada, en un 25% de la suma que deba fijarse para retribuir idéntica actuación en la instancia de origen (conf. Art. 15° de la Ley 1.594 y 20, modificado por Ley 2.933).5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos.

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

Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI

Dra. MARIA T. GIMENEZ DE CAILLET-BOIS- Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema

-Por Carátula

"R. A. S/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE -IMPUGNACION EXTRAORDINARIA-" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 11/2015) – Acuerdo: 38/15 – Fecha: 30/12/2015

DERECHO PROCESAL PENAL: Recursos.

IMPUGNACION EXTRAORDINARIA. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD. TRIBUNAL DE IMPUGNACION. MEDIDA CAUTELAR. PRISION PREVENTIVA. PLAZO. INAPLICABILIDAD AL CASO. DOCTRINA JUDICIAL. SITUACIONES FACTICAS DISTINTAS.

1.- Resulta improcedente la impugnación extraordinaria deducida por la defensa oficial en donde planteó la afectación del principio de imparcialidad por parte del Tribunal de Impugnación quien en su oportunidad confirmó la resolución del Colegio de Jueces que no hizo lugar al pedido de cese de prisión preventiva, pues, debe indicarse que tanto la cita jurisprudencial realizada –fallo Dieser de la C.S.J.N.-, como las Reglas de Mallorca mencionadas, hacen referencia a la integración de los Tribunales de Juicio y por lo tanto no resultan aplicables a este caso. Este principio se encuentra expresamente receptado en nuestro ordenamiento procesal, en el artículo 5 del C.P.P., cuando impide a los jueces que intervinieron como jueces de garantía o impugnación, tomar intervención en la etapa de juicio. Aquí el Tribunal de Impugnación se ha limitado a expedirse respecto de la procedencia de una medida cautelar y lo ha hecho en función del estado procesal del caso.

2.- Corresponde rechazar el agravio esgrimido por la Defensa Oficia en donde entiende que la resolución del Tribunal de Impugnación es arbitraria en la interpretación que efectuó del articulo 119 del C.P.P. Ello es así, pues, al no haberse cuestionado la responsabilidad penal por los dos hechos de abuso sexual gravemente ultrajante, opera el principio de cosa juzgada parcial. Esta regla fundamental responde a la idea de "renovación parcial de la discusión". No se reedita toda la discusión, sino solo aquellos puntos que el recurrente ha atacado al fundar el recurso. Esto provoca que el Tribunal revisor deba tener por ciertos todos los aspectos de la decisión impugnada no alcanzados por el recurso. Consecuentemente, el plazo previsto en el artículo 119 del CPP no resulta aplicable a este caso concreto.

3.- Pretender equiparar situaciones procesales dispares para fundamentar una supuesta contradicción en casos que no resultan análogos, de ningún modo autoriza la vía recursiva extraordinaria prevista en el inciso 3 del artículo 248 del CPP.

Texto completo:

ACUERDO N° 38/2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los 30 días del mes de Diciembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores ALFREDO ALEJANDRO ELOSÚ LARUMBE y MARIA SOLEDAD GENNARI, con la intervención del señor Subsecretario de la Secretaría Penal, Dr. JORGE E. ALMEIDA, para resolver en los autos caratulados: "R. A. S/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE -IMPUGNACION EXTRAORDINARIA-" (Expte. Nro. 111 Año 15) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: I.- Que por resolución Nro. 129/15 del Tribunal de Impugnación, en la oportunidad integrado por los Dres. Héctor Dedominichi, Daniel Varessio y Federico Sommer, en fecha 2 de octubre de 2015, se rechazó la impugnación ordinaria deducida por la Defensa y en consecuencia, se confirmó la resolución del Colegio de Jueces en cuanto no hizo lugar al pedido de cese de prisión preventiva.

II.- Contra la decisión del Tribunal de Impugnación, el Dr. Daniel O. GARCÍA CÁNEVA, Defensor Oficial del Equipo Nro. 3 de esta Circunscripción Judicial, interpuso impugnación extraordinaria a favor de A. R..

El recurrente encauzó su pretensión por el artículo 248 del C.P.P.N., en sus tres incisos y expresó:

Respecto del inciso 1, que es procedente su aplicación por cuanto el Tribunal de Impugnación ha rechazado la operatividad y límite establecido por el artículo 119 del C.P.P. en cuanto al máximo de la prisión preventiva durante el proceso.

Agregó que el hecho de que el articulo 1 del C.P.P. establezca que rigen de manera directa todas las garantías y derechos consagrados en la Constitución Nacional, tratados internacionales con rango constitucional y la Constitución de la Provincia, pone de resalto que lo que reglamenta el articulo 119 del C.P.P. es la consagración y reglamentación de la garantía establecida en el artículo 7 de la C.A.D.H., en lo que hace al plazo razonable de la misma (Inc. 5), las condiciones legales en que debe sustentarse (Inc. 2) y la prohibición de encarcelamiento arbitrario (Inc. 3) y que, del modo resuelto, se ha negado la letra de la ley que reglamenta en el orden local una garantía convencional, con rango constitucional –art 75 inc. 22 de la Carta Magna Nacional-.

Sobre el inciso 2, alegó el Sr. defensor que resulta procedente la interposición del Recurso Extraordinario Federal, en los términos previstos en el artículo 14 inciso 3 de la ley 48, por la afectación de garantías constitucionales y convencionales. Específicamente hizo referencia al artículo 7.5 de la C.A.D.H.

Por otra parte, invocó afectación de la garantía de imparcialidad por entender que los miembros del Tribunal de Impugnación debieron abstenerse de intervenir porque ya lo habían hecho previamente –al confirmar la sentencia dictada en contra del imputado-, donde le impusieron una pena mayor a la que recibiera oportunamente por parte del Juez de Garantías. Citó el precedente "Dieser" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Señaló también que el Tribunal sostuvo el cumplimiento del doble conforme, cuando surge de sus mismos fundamentos que se encontraban al tanto de una resolución dictada por este Tribunal Superior, el día anterior, en donde se imponía la constitución de un nuevo Tribunal para revisar aquella decisión a los fines del doble conforme.

Posteriormente, alegó afectación al mismo principio por parte del Colegio de Jueces y del Juez de Garantías intervinientes con anterioridad, por tener posición tomada previamente respecto de la no operatividad del artículo 119 del Ritual.

En segundo término, el impugnante invocó arbitrariedad por parte del Tribunal de Impugnación, por la circunstancia ya mencionada de encontrarse en conocimiento de que el doble conforme no se había cumplido. Se agravió también por estimar improcedente el sustento del resolutorio en normas que no son de aplicación en el territorio provincial, como la ley nacional N° 23549.

En tercer lugar, el defensor refirió que existe una ausencia del control de convencionalidad respecto del artículo 119 del C.P.P. como norma operativa de carácter convencional, que reglamenta la garantía prevista en el art. 7.5 de la C.A.D.H. Cita los precedentes "Mazzeo" y "Bramajo" de la C.S.J.N. y "Bayarri Vs. Argentina" de la C.I.D.H.

En último lugar –al menos en lo que respecta al inciso 2 del artículo 248-, indica el impugnante que se ha afectado el derecho de defensa de A. R., por las razones antes expuestas.

Con relación al inciso 3, indicó que existe contradicción entre la resolución atacada y los precedentes "Bella Nahuel", "Canale" y "Salcedo" del mismo Tribunal de Impugnación. Fundamentó respecto de la equiparación a sentencia definitiva de las decisiones que prolongan la prisión preventiva.

Hizo reserva de ampliar fundamentos en audiencia. Solicitó que se revoque la decisión impugnada y que se dicte el sobreseimiento de ambos imputados. Hizo reserva del caso federal.

III.- Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones (Cfr. registro de audio y acta de audiencia de fecha 21 de diciembre de 2015); en este contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

En primer término, hizo uso de la palabra el Dr. Ricardo Horacio CANCELA, Defensor General, quien manifestó que ratifica el escrito presentado por el Dr. García Caneva.

Específicamente fundamentó respecto de la admisibilidad del recurso y el encausamiento del mismo en los términos previstos por el inciso 2 del artículo 248. Refirió que existe cuestión federal por que se ha afectado el principio de libertad, se ha tomado una decisión arbitraria, no se ha respetado el principio de legalidad. Que el plazo previsto en el artículo 119 del CPP se encuentra vencido. Se ha vulnerado el principio de inocencia ya que se quiere hacer valer como una condena a una sanción penal que no se encuentra firme. Se ha hecho una interpretación in malam partem, afectando el debido proceso y el principio pro homine. También el derecho de Defensa y el principio de imparcialidad.

Seguidamente realizó un relato sobre el derrotero procesal que presenta el caso. Manifiesta que no se entiende bien, en el fallo del Tribunal de Impugnación, si consideran que al existir doble conforme, el principio de inocencia cesa, no queda claro si lo consideran cumplimiento de condena –pareciera que si- aunque hablan luego de las medidas cautelares. Este Tribunal además aumenta la pena a 18 años de prisión. Ante esto, no podían intervenir sobre la prisión preventiva ya que se encontraban condicionados. Debieron haberse apartado. Cita el antecedente "Dieser" de la C.S.J.N.

Argumenta que el artículo 119 es absolutamente claro, ya que la primera fuente de exegesis de la ley es la propia ley. El artículo 119 está considerado como un plazo razonable para la medida cautelar. Si en ese plazo no se culmina el proceso, esto no puede atribuírsele al imputado. Cita el antecedente "Salcedo" de este T.S.J.

Manifiesta que no se puede ejecutar lo que no está firme como sentencia. Cita "Loyo Fraire" de la C.S.J.N. Alega que lo que no está firme, es prisión preventiva. Añade que el artículo 8 del CPP refiere que rige el principio de inocencia hasta que la sentencia quede firme. Menciona el criterio de la C.I.D.H. respecto de este tema: Si se venció el plazo de la prisión preventiva, su extensión es arbitraria e ilegal. Cita el antecedente "Nahuel Bella" del Tribunal de Impugnación.

Agrega que en este caso no se ha denegado aun el Recurso Extraordinario Federal, y es criterio del Tribunal Superior de Justicia que se comienza a cumplir condena cuando aquel es denegado.

Solicita el cese de la prisión preventiva y se aclare que el plazo del artículo 119 se debe cumplir. Hace reserva del caso federal.

Luego, por el Ministerio Fiscal, la Dra. María Dolores Finochietti, Fiscal Jefe, dijo:

El día 13 de Julio se dictó la sentencia respecto del hecho en cual se había debatido la inocencia o culpabilidad de A. R.. El Dr. Marcovesky dictó una sentencia, tras el veredicto unánime del jurado popular que lo condenó como autor penalmente responsable del delito de los tres cargos formulados, dos de abuso sexual gravemente ultrajante y uno robo con arma, le impuso una pena de 14 años de prisión. La fiscalía y la defensa recurrieron y finalmente el T.I. le elevó la pena a 18 años. Presentado recurso extraordinario por parte de la defensa, el T.S.J. devuelve el caso a impugnación, ya que entiende que si bien había doble conforme respecto de los extremos de la culpabilidad, faltaba el doble conforme respecto de la pena.

Se confirma la pena, por lo tanto actualmente existe doble conformidad respecto de todos los extremos por los cuales se analizó la situación de A. R., tanto de su responsabilidad como del monto de la pena. El 4 de Agosto, cuando el Dr. Muñoz resuelve la prorroga de la prisión preventiva por en termino de 6 meses, el recurso de la defensa era razonable y admisible pero en este momento existe doble conformidad respecto de todos los extremos, y además la sentencia final solo ha sido cuestionada por la defensa respecto del robo con armas y el concurso, así como también, modificando el

robo con arma y el concurso, habría que modificar la pena, a criterio de la defensa. Pero no cuestiona la responsabilidad sobre los abusos sexuales. Sobre estos hechos, R. ya se encuentra cumpliendo pena, consentida. Los Tribunales, tal como lo ha dijo este T.S.J., deben actuar dentro de un marco de razonabilidad. Se ha dicho que la sociedad exige que el Estado actúe dentro de un marco de razonabilidad y que los jueces apliquen e interpreten la ley de un modo que no resulte contradictorio con el resto del ordenamiento jurídico general del país. Cita el precedente Zapata de este Tribunal.

A esta altura sería totalmente irrazonable que después de haber encarcelado a R., haberlo juzgado, condenado, haber obtenido la doble conformidad, un Tribunal le otorgue la libertad; más aún cuando no se cuestiona que los abusos sexuales cometidos por A. R., existieron. Se encuentra condenado, no está mas en prisión preventivo. Por esto solicita se rechace el recurso de la defensa.

Por último, se le confirió la palabra a la Defensa (artículo 85, segundo párrafo, in fine, del C.P.P.N.), sostuvo que cuando vuelve el expediente, respecto de la pena, nosotros pedimos aclaración y el Tribunal dijo que era solo respecto de la pena. De cualquier manera esta defensa considera que la revisión siempre es integral. Cita el precedente "Chambla". La Defensa se agravió por todo. Se pidió la aclaración porque la defensa entendía que era por todo y el Tribunal dijo que era solo por la pena. La responsabilidad por los abusos sexuales no se encuentra firme.

IV.- Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Alfredo A. Elosú Larumbe y Dra. Soledad Gennari.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) En el supuesto afirmativo, ¿resulta procedente la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión, El Dr. Elosú Larumbe dijo:

1) El escrito fue presentado en término, por quien se encuentra legitimado para ello, por ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de resolución equiparable a sentencia definitiva (artículos 235, 239 y 242, primer párrafo en función del 249 del C.P.P.N.).

Además, la impugnación resulta autosuficiente porque de su lectura se hace posible conocer como se configuran -a juicio del recurrente- los motivos de impugnación extraordinaria aducidos y la solución final que propone.

Por consiguiente, entiendo que corresponde declarar la admisibilidad formal de la presente impugnación.

La Dra. María Soledad Gennari dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión.

Mi voto.

A la segunda cuestión, el Dr. Elosú Larumbe DIJO:

I.- Que en la audiencia, fijada en los términos de los arts. 245 y 249 del C.P.P.N., las partes fundaron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida (cfr. acta de audiencia).

II.- Que luego de analizado el recurso, la sentencia cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la Defensa, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la impugnación extraordinaria debe ser declarada improcedente, por las razones que a continuación expondré.

El primer motivo alegado por la Defensa se refiere a la afectación del principio de imparcialidad, por los motivos que fueran ya descriptos.

A este respecto debo decir que no se observa en el actuar de los Jueces integrantes del Tribunal de Impugnación indicio alguno que permita presumir interés particular en el caso. Más aún, este Tribunal ya se expidió respecto del asunto mediante Resolución Interlocutoria 103/15, sin que la defensa haya aportado nuevos elementos que tengan entidad suficiente para reeditar el planteo. La invocación a cuestiones de organización interna del Ministerio Publico de la Defensa para justificar el no uso del instituto de la recusación de manera oportuna, no resulta atendible.

Sin perjuicio de lo anterior debe indicarse que tanto la cita jurisprudencial realizada –fallo Dieser de la C.S.J.N.-, como las Reglas de Mallorca mencionadas, hacen referencia a la integración de los Tribunales de Juicio y por lo tanto no resultan aplicables a este caso. Este principio se encuentra expresamente receptado en nuestro ordenamiento

procesal, en el artículo 5 del C.P.P., cuando impide a los jueces que intervinieron como jueces de garantía o impugnación, tomar intervención en la etapa de juicio.

Aquí el Tribunal de Impugnación se ha limitado a expedirse respecto de la procedencia de una medida cautelar y lo ha hecho en función del estado procesal del caso.

En este sentido, tiene dicho la C.S.J.N. que "(…) No cualquier intervención judicial anterior pone en crisis la imparcialidad llamada objetiva, sino aquella que se traduzca en el ejercicio progresivo de diferentes funciones judiciales a lo largo de una causa. Por ello, serán las circunstancias concretas del caso las que, en definitiva, determinen si se halla o no comprometida la garantía de imparcialidad" (C.S.J.N. Fallos: 330:2327).

Por ello, el planteo resulta improcedente.

Por otra parte, se agravia el defensor al entender la resolución del Tribunal de Impugnación es arbitraria por cuanto ha interpretado al articulo 119 del C.P.P., cuando el mismo no requiere tal tarea intelectual ya que solo admite la interpretación literal.

Ahora bien, en este caso corresponde analizar previamente si, como lo plantea la defensa, estamos ante una medida cautelar o si, por el contrario, como lo manifestara la acusadora, estamos ya en la etapa de cumplimiento de pena.

En este sentido corresponde destacar que el 13 de julio de 2015, el Jurado Popular declaró a A. R. culpable del delito de Abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por el uso de arma (dos hechos) en concurso real con el delito de robo agravado por el uso de arma, en calidad de autor, condenándolo a la pena de 14 años de prisión de efectivo cumplimiento.

Esta sentencia fue recurrida por la vía ordinaria por ambos Ministerios Públicos. De la presentación realizada por la Defensa –el 27 de julio de 2015- no surge cuestionamiento alguno respecto de la condena por los delitos contra la integridad sexual. En cambio cuestiona la responsabilidad penal de R. en lo referido al delito contra la propiedad.

El Tribunal de Impugnación, mediante sentencia 58/15, rechazó el recurso de la defensa e hizo lugar al planteo Fiscal, confirmando lo resuelto por el Jurado Popular y aumentando el quantum de la pena a 18 años de prisión.

Dicha resolución fue impugnada por la defensa por vía extraordinaria ante este Tribunal, el que se expidió remitiendo el caso nuevamente al Tribunal de Impugnación, a fin de garantizar el doble conforme, solo en torno a la nueva pena aplicada sobre el inculpado. Es de destacar que en su planteo recursivo –de fecha 04 de septiembre de 2015- la Defensa no ha cuestionado la responsabilidad penal de su asistido respecto de los delitos de abuso sexual, tal como lo afirmó la Sra. Fiscal Jefe en la audiencia realizada el 21 de diciembre de 2015, sino que se ha agraviado respecto del delito de robo calificado, la aplicación de las reglas del concurso real y el quantum de la pena resultante de ello.

Finalmente, el Tribunal de Impugnación, mediante Sentencia 90/15, confirmó el dictamen 58/15, en todos sus términos.

Así las cosas, le asiste razón a la representante de la vindicta pública cuando afirma que, respecto de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante, el imputado A. R. se encuentra ya cumpliendo pena. Su responsabilidad en estos delitos no solo no se encuentra cuestionada sino que ya se encuentra firme.

En efecto, al no haberse cuestionado la responsabilidad penal por los dos hechos de abuso sexual gravemente ultrajante, opera el principio de cosa juzgada parcial. Esta regla fundamental responde a la idea de "renovación parcial de la discusión". No se reedita toda la discusión, sino solo aquellos puntos que el recurrente ha atacado al fundar el recurso. Esto provoca que el Tribunal revisor deba tener por ciertos todos los aspectos de la decisión impugnada no alcanzados por el recurso.

Consecuentemente, el plazo previsto en el artículo 119 del CPP no resulta aplicable a este caso concreto.

En este orden de ideas, aún en la hipotética situación de que el recurso extraordinario interpuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria tuviese acogida favorable, la pena a imponerse no podrá ser menor al mínimo de la escala prevista en el segundo párrafo del artículo 119 del C.P. y consecuentemente, será de efectivo cumplimiento.

Por todo lo anterior, entiendo no corresponde hacer lugar al planteo de la Defensa.

Respecto de la alegada contradicción entre lo resuelto oportunamente por el Tribunal de Impugnación en este caso y la doctrina emanada de los fallos "Bella Nahuel", "Canale" y "Salcedo".

Más allá de que ya he dicho precedentemente que el artículo 119 del CPP no resulta aplicable al presente caso, debo decir también que la supuesta contradicción no es tal. Ello es así por cuanto el estadio procesal por el que transitaban cada uno de los casos mencionados al momento de expedirse el Tribunal revisor, era absolutamente distinto.

En el presente caso el Tribunal de Impugnación se expidió cuando ya existía una declaración de culpabilidad del Jurado Popular, con más la imposición de condena de efectivo cumplimiento a A. R.. En "Salcedo" (R.I. 68/15 del T.I.), la situación era similar, es decir existía doble conforme al momento de tomar intervención el Tribunal de Impugnación, aunque no se encontraba firme la condena. En ambos casos se confirmó la prisión preventiva de los acusados.

En cambio, en "Bella Nahuel" solo se contaba con la declaración de responsabilidad de la imputada por parte del Jurado Popular, pero restaba aún realizar el Juicio de Cesura. Lo mismo ocurría en el precedente "Canale". Y en ambos casos se ordenó la libertad de los imputados.

Pretender equiparar situaciones procesales dispares para fundamentar una supuesta contradicción en casos que no resultan análogos, de ningún modo autoriza la vía recursiva extraordinaria prevista en el inciso 3 del artículo 248 del CPP.

Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, la impugnación extraordinaria deducida debe ser declarada improcedente. Mi voto.

La Dra. Gennari dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Mi voto.

A la tercera cuestión, el Dr. Elosú Larumbe dijo: Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que la impugnación extraordinaria sea rechazada. Mi voto.

La Dra. Gennari dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Mi voto

A la cuarta cuestión, el Dr. Elosú Larumbe dijo: Con costas en la instancia (art. 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. Gennari dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo,

SE RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLE la impugnación extraordinaria deducida por la Defensa Oficial, a favor de A. R., contra la resolución del Tribunal de Impugnación de fecha 2 de octubre de 2015 (Registro Nro. 129, en el Legajo Nro. 111/15).

II.- RECHAZAR la impugnación antedicha por no verificarse los agravios que allí se exponen.

III.- CON COSTAS a la parte recurrente (artículo 268, segundo párrafo del C.P.P.N.).

IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ALFREDO A. ELOSU LARUMBE - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI

Dr. JORGE ALMEIDA - Subsecretario

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"S. A. B. S/ ABUSO SEXUAL" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 142/2015) – Acuerdo: 40/15 – Fecha: 30/12/2015

DERECHO PROCESAL PENAL: Recursos.

IMPUGNACION EXTRAORDINARIA. PRISION PREVENTIVA. REQUISITOS. SOMETIMIENTO AL PROCESO.

1.- [...] resulta necesario aclarar que si bien este Cuerpo viene sosteniendo que la decisión que rechaza la imposición de la prisión preventiva no habilita, en principio, la apertura del recurso extraordinario local ni federal (Cfrme. R.I. del 13/3/2014, "Landaeta, Daniel", Expte. Nro. 11/2014 del Registro de este Tribunal), existen razones excepcionales que ameritan que este tribunal se avoque al tratamiento del recurso interpuesto. En primer lugar porque todas las partes han expresado concretamente que este recurso extraordinario de impugnación es la vía procesal adecuada para discutir las cuestiones traídas a debate. En segundo término, porque dicho temperamento procura una solución célere y eficaz del recurso incoado. Y, finalmente, porque el juicio positivo respecto de la admisibilidad formal del recurso torna operativo el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y los derechos reconocidos en la convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional en la reforma del año 1994, a través del artículo 75 inciso 22. Por lo expuesto, propongo al acuerdo que el recurso interpuesto sea declarado admisible desde el plano formal, con las observaciones señaladas.

2.- Resulta procedente la impugnación extraordinaria deducida por el apoderado especial de la querella contra la Resolución Interlocutoria del Tribunal de Impugnación, que revocó la prisión preventiva oportunamente dispuesta respecto de quien fue imputado del delito de abuso sexual gravemente ultrajante en calidad de autor, se aceptó el ofrecimiento propuesto por la Defensa y le fijó una caución real de un millón de pesos a los fines de que se haga efectiva la libertad, toda vez que la prisión preventiva dispuesta por el Juez de Garantías y confirmada por el Colegio de Jueces, resulta "indispensable" ya que, ante la elevación del riesgo de fuga que trajo aparejado el incumplimiento en el que incurrió el imputado -el 15 de noviembre de este año se realizó el allanamiento en el domicilio que había fijado y se encontró un galpón deshabitado- y la elevada expectativa de pena que posee el delito enrostrado, la caución real no se vislumbra como una medida que permita garantizar "con similar grado de idoneidad" la sujeción del imputado al proceso.

Texto completo:

ACUERDO N° 40/2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta (30) días del mes de diciembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores ALFREDO ALEJANDRO ELOSÚ LARUMBE y MARIA SOLEDAD GENNARI, con la intervención del señor Subsecretario de la Secretaría Penal, Dr. JORGE E. ALMEIDA, para resolver en los autos caratulados: "S. A. B. S/ ABUSO SEXUAL" (Expte. Nro. 142 Año 15) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: I.- Que por Resolución Interlocutoria Nro. 185/15 del Tribunal de Impugnación, en la oportunidad integrado por los Dres. Florencia Martini, Héctor Dedominichi y Andrés Repetto, de fecha 23 de diciembre de 2015, se

resolvió, en lo que aquí interesa: "1. Revocar la Prisión Preventiva oportunamente dispuesta respecto de A. B. S.. 2. Atento la gravedad del hecho reprochado y con el fin de asegurar su comparecencia a todas las citaciones que sean efectuadas, se dispone aceptar el ofrecimiento propuesto por la Defensa y en consecuencia imponerle una caución real de un millón de pesos a los fines de que se haga efectiva la libertad. Es decir, que la libertad queda sujeta a que se acredite la caución real de un millón de pesos la que deberá ser, si es en efectivo depositada en la cuenta que disponga la OFIJU y si es en bienes en garantía con la presentación y anotación en el registro que se trate del bien registrable, la anotación de esta medida de coerción dispuesta. Efectuado eso se hace efectiva la libertad. 3. Imponerle a) presentaciones semanales que se van a realizar en la Cría. 7° de Plottier….".

II.- Contra la decisión del Tribunal de Impugnación, el Dr. Marcelo Hertzriken Velasco, como apoderado especial de la Querella, interpuso impugnación extraordinaria.

El recurrente, a través de su escrito de fs. 1, encauzó su pretensión por el artículo 248, inc. 2 del C.P.P.N. y art. 14 de la Ley 48, y expresó, que la revocación de la libertad dispuesta por el Tribunal de Impugnación por unanimidad de los Dres. Martini, Repetto y Dedominichi, por controvertir la exigencia de fundamentación imparcial del fallo, el decisorio es arbitrario por suplir e ingresar argumentos que ni siquiera introdujo la Defensa agraviada, abandonando el rol de tercero.

III.- Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones (Cfr. registro de audio y acta de audiencia de fecha 30 de diciembre de 2015).

En primer término, hizo uso de la palabra el Dr. Hertzriken Velasco, quien manifestó que la decisión cuestionada no reúne la exigencia de fundamentación, autonomía, razonabilidad y racionalidad, emergente de las garantías innominadas previstas en el Art. 33 de la C.N.. Tras reseñar brevemente los antecedentes del legajo, denuncia que el Tribunal de Impugnación motivó su decisión en argumentos que no habían sido proporcionados por las partes intervinientes, configurando materia federal en los términos del Art. 14 de la Ley 48 y de la Ley 27. En efecto, hizo un distingo entre domicilio real y procesal, señalando que el fijado por S. en calle Perú 328 de la ciudad de Plottier podía ser el procesal, sin embargo, las condiciones para el auto de soltura es fijar domicilio real. Se acreditó, mediante allanamientos, que en ese domicilio S. nunca habitó, se trataba de un garaje, un galpón, con tierra, sin cama ni pertenencias. Asimismo, el a quo consideró que la Fiscalía, antes de allanar o constatar el domicilio tendría que haber esperado el control quincenal de S. en la Comisaría 7ma. de Plottier. La cuestión, que se le hizo saber al Tribunal, es que entre el 31/10/15 y el 06/11/15 nada se supo del paradero de S.. Desde el 06/11/15 al 15/11/15, tras un escrito de la Defensa denunciando domicilio en calle Perú 328, se suponía que allí residía, sin embargo, la madre de la víctima lo seguía viendo en la ciudad de Rincón de los Sauces, por lo que se dispuso el allanamiento. Por otra parte, la Defensa alegó que no se dispuso consigna policial en el lugar pero lo cierto es que S. desapareció desde el 15/11/15 hasta el 18/11/15, cuando se reformularon los cargos. El Tribunal de Impugnación avanzó mucho más de lo que postuló oportunamente la Defensa al impugnar, sustituyendo argumentos mediante fundamentación aparente, se apartó del rol de tercero imparcial, proporcionando sus propios fundamentos. Por ello, el fallo es nulo, de nulidad absoluta.

Cedida la palabra al representante del Ministerio Público Fiscal, el Dr. Patti se expidió favorablemente sobre la admisibilidad de la presentación por reunir las condiciones previstas en el Art. 249 en función del Art. 242 del C.P.P.N.

Señaló, sin entrar a evaluar el fondo de la cuestión atento la posibilidad que subyace de impugnar por parte de ese Ministerio, que el Tribunal de Impugnación se extralimitó al resolver. El caso configura cuestión federal -Art. 14 de la Ley 48-. Solicitó se declare la admisibilidad del recurso y se aborde su tratamiento sin perjuicio de la solución a adoptar.

La Dra. Silvia Acevedo, por su parte, dejando a salvo el plazo con el que aún cuentan para impugnar la resolución, entendió que el fallo dictado el 23/12/15 por el Tribunal de Impugnación es impugnable de acuerdo a lo estipulado en los Arts. 233 y 248, inc. 2 del C.P.P.N. El pronunciamiento es arbitrario, toda vez que en la valoración, no obstante lo dicho por la querella, el Tribunal obvió argumentos aportados por las partes, entre ellos, el relativo al domicilio real del imputado. El domicilio que, a los fines del Art. 50 del C.P.P.N., fijó S., estaba vacío, no solo que él no vivía ahí sino que no habitaba persona alguna.

La principal obligación de un imputado en el proceso penal es constituir domicilio a los fines de asegurar el proceso, poder llegar a juicio y, en caso de sentencia condenatoria, que se pueda efectivizar. El Tribunal de Impugnación hizo una interpretación extensiva, no introducida por las partes, de que los dos domicilios –el constituido y el de su hermana cruzando la calle- serían el mismo. Ello no es así porque en el fijado por S. no vivía nadie. No se explicó por qué estarían asegurados los fines del proceso al haber constituido el imputado un domicilio en el cual nadie habitaba. El Tribunal redujo todo a que S. habría constituido domicilio procesal. Aquí se introducen dos cuestiones: la primera, fundamentación omisiva por no haber tratado todos los argumentos expuestos por las partes, y la segunda, por interpretación errónea de las previsiones del Art. 50 del C.P.P.N. En cuanto al agravio, refiere que es obvio el mismo, guarda relación con los fines del proceso, en el caso particular, hay elementos suficientes y fundados para presumir que Soto va a sustraerse del accionar judicial. Esto no se asegura con las otras medidas que estableció el Tribunal de Impugnación. Acompaña a la querella en el pedido de revocación del fallo.

A su turno el Dr. Alejandro Bustamente, Defensor Particular del imputado A. B. S., consideró que el recurso interpuesto es formalmente admisible, y afirmó que la Dra. Acevedo no estuvo en la audiencia de impugnación. Discrepó con el querellante, y señaló que la decisión fue ajustada a derecho, razonable. S. sabía, previo a la audiencia de reformulación de cargos, que le iban a pedir la prisión preventiva e igualmente se presentó. Lo dijo el Fiscal y la propia Defensa. S., con Defensa Oficial, fijó, dentro de los tres días, domicilio en calle Perú 328. No se acreditó que lo hayan visto en la ciudad de Rincón de los Sauces o San Martín de los Andes, solo 'se manejaba información'. Desde el primer día cumple con la prohibición de acercamiento a la víctima y familiares; aún no habían transcurrido 15 días para cumplir con el comparendo establecido y no tenía prisión domiciliaria. Estar sujeto a proceso no significa prohibición ambulatoria. El domicilio denunciado de calle Perú 328 de Plottier no era un galpón abandonado como dijeron sino un quincho familiar. La hermana de S., en audiencia de impugnación sostuvo que la idea era readecuarlo para que el imputado viviera ahí, mientras tanto lo hacía en Perú 337, en frente. El 05/11/15 S. ya tenía en el DNI la dirección Perú 328, en el carnet de conducir y en el resumen de la tarjeta de crédito también. No existía riesgo procesal.

Los dos elementos probatorios en los que se fundó la reformulación de cargos y prisión preventiva, eran conocidos por la Fiscalía con antelación a que la querella le solicitara la medida de coerción. No existe agregado en el fundamento para revocar la prisión preventiva de S.. Los allanamientos se realizaron con cuatro horas de diferencia, ese fue el tiempo que duraron las consignas. Según el testimonio de uno de los policías que actuaron en los allanamientos, en una habitación de la casa de la hermana había un bolso con ropa de hombre. Pertenecía a S., allí vivía. No se demostró fehacientemente la existencia de consigna permanente. Afirmó que los agravios son infundados, se encuentran contestados por la Defensa, comparte la decisión del Tribunal de Impugnación y solicitó se confirme lo oportunamente decidido. La caución se encuentra ofrecida pero la Oficina Judicial aún no libra el oficio, esto es de gravedad institucional.

Ejerciendo el derecho a réplica, la querella expone que no es verdad que se haya solicitado que el Tribunal de Impugnación valore los videos de las audiencias anteriores; que los policías hayan aludido a la existencia de un bolso con pertenencias de un hombre; que tres días después el señor S. fijara domicilio real –lo hizo al sexto día- y que se le hayan brindado los argumentos con los cuales se resolvió la cuestión del control quincenal que coincidía con el día de los allanamientos.

La Dra. Acevedo recuerda que estuvo presente en la audiencia del 23/12/15, incluso introdujo la cuestión relativa a que en el domicilio denunciado nadie vivía y ello debía ser considerado. A la audiencia que no concurrió es a la de fecha 28/12/15.

En uso de la última palabra, el Dr. Bustamante reconoce lo expuesto por la señora Defensora de los Derechos del Niño y pide disculpas.

IV.- Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Alfredo A. Elosú Larumbe y Dra. María Soledad Gennari.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) En el supuesto afirmativo, ¿resulta procedente la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN:

A la primera cuestión, el Dr. Alfredo Elosú Larumbe dijo: Al momento de analizar la admisibilidad formal de la presente impugnación debo señalar primeramente que el recurso ha sido interpuesto en legal tiempo y forma por la querella. Se trata de una resolución susceptible de ser impugnada y el recurrente posee legitimación activa para recurrir –art. 118 del C.P.P.N.-.

Asimismo, cabe destacar que en la audiencia prevista en el artículo 249, en función del art. 245 del C.P.P.N., las partes no han controvertido la admisibilidad formal del mismo.

No obstante lo expuesto, resulta necesario aclarar que si bien este Cuerpo viene sosteniendo que la decisión que rechaza la imposición de la prisión preventiva no habilita, en principio, la apertura del recurso extraordinario local ni federal (Cfrme. R.I. del 13/3/2014, "Landaeta, Daniel", Expte. Nro. 11/2014 del Registro de este Tribunal), existen razones excepcionales que ameritan que este tribunal se avoque al tratamiento del recurso interpuesto. En primer lugar porque, tal como se señaló, todas las partes han expresado concretamente que este recurso extraordinario de impugnación es la vía procesal adecuada para discutir las cuestiones traídas a debate. En segundo término, porque dicho temperamento procura una solución célere y eficaz del recurso incoado. Y, finalmente, porque el juicio positivo respecto de la admisibilidad formal del recurso torna operativo el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y los derechos reconocidos en la convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional en la reforma del año 1994, a través del artículo 75 inciso 22.

Por lo expuesto, propongo al acuerdo que el recurso interpuesto sea declarado admisible desde el plano formal, con las observaciones señaladas. Mi voto.

La Dra. Maria Soledad Gennari dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Mi voto.

A la segunda cuestión, el Dr. Alfredo Elosú Larumbe, dijo:

I.- Que en la audiencia, fijada en los términos de los arts. 245 y 249 del C.P.P.N., las partes fundaron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida (cfr. acta de audiencia).

II.- Que luego de analizado el recurso, la sentencia cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la parte Querellante, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la impugnación extraordinaria deducida debe ser declarada procedente, por las razones que a continuación expondré.

Que conforme a lo que surge de la audiencia realizada para debatir la impugnación extraordinaria impetrada y los elementos aportados por las partes, es de destacar en lo que aquí interesa, que:

El día 31 de Octubre de 2015 se le formularon cargos a A. B. S., calificándose en aquella oportunidad el hecho imputado como constitutivo del delito de abuso sexual gravemente ultrajante en calidad de autor. Asimismo la Dra. Mara Suste le impuso, a pedido del Ministerio Público Fiscal, las siguientes medidas de coerción: la obligación de fijar domicilio, prohibición de mantener contacto con la víctima y su madre –L. G. y M. S.- y presentarse quincenalmente en la Comisaría 35 de Rincón de Los Sauces, por entender que existía la posibilidad de entorpecimiento de la investigación y que faltaban realizar medidas de prueba.

Respecto del domicilio, el imputado hace saber que permanecerá en el de su hermano –calle Catamarca 654 de la ciudad de Rincón de Los Sauces- hasta que consiga donde quedarse. Asimismo, el defensor manifiesta a la Jueza interviniente que posteriormente informaría a la Fiscalía el domicilio donde residiría el imputado.

A posteriori –el 6 de noviembre del corriente año-, la defensa informó que el domicilio del imputado era calle Perú Nro. 328 de la localidad de Plottier.

Ello a través de la presentación que obra en el legajo y que se presentó como prueba en la audiencia de impugnación ordinaria.

El día 18 de Noviembre de 2015 se reformularon los cargos al encausado S., en función de nuevos elementos incorporados a la investigación, imputándosele el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y

por la calidad de sujeto activo encargado de la guarda y aprovechando la situación de convivencia preexistente con la víctima, en calidad de autor (arts. 45, 119, 4° párrafo incs. b y d del Código Penal).

En esa misma audiencia, a pedido de los acusadores tanto público como privado, el Juez de Garantías, Dr. Marcelo Muñoz impuso la prisión preventiva al acusado por el término de cuatro (4) meses, aceptando y haciendo propios los argumentos esgrimidos por la Fiscalía, la que planteó la existencia de peligro de fuga, ocasionado por dos motivos: El primero, la muerte del padre de la víctima -persona muy querida en la localidad de Rincón de Los Sauces- que ha generado que la gente se haya organizado por las redes sociales, corriendo peligro la vida del acusado. En segundo lugar y sumado a lo anterior, que como consecuencia del cambio de calificación, se solicitó un allanamiento para ubicar a S. en el domicilio que había fijado y efectivizado dicho allanamiento en Perú 328 de la localidad de Plottier, se constató que ese domicilio se trataba de un galpón donde no vivía persona alguna.

Esa decisión fue revisada, a pedido de la defensa, en fecha 23 de noviembre de 2015 por ante el Colegio de Jueces. Las Dras. Raquel Gass, Carolina García y Carina Álvarez confirmaron la decisión tomada por el Sr. Juez de Garantías, Marcelo Muñoz, con el fundamento, entre otros, de que efectivamente S. no había residido nunca en el domicilio oportunamente denunciado.

Ante ello, el Sr. Defensor recurrió en impugnación ordinaria ante el Tribunal de Impugnación. El 23 de diciembre de corriente se realizó la audiencia pertinente, de la que participaron los Dres. Florencia Martini, Héctor Dedominichi y Andrés Repetto, quienes resolvieron, en defintiva: "… I.- REVOCAR la prisión preventiva oportunamente dispuesta respecto de A. B. S.. II.- Atento la gravedad del hecho reprochado y con el fin de asegurar su comparecencia a todas las citaciones que sean efectuadas, se dispone aceptar el ofrecimiento propuesto por la defensa y en consecuencia imponerle una caución real de un millón de pesos, a los fines de que se haga efectiva su libertad… III.- a) Imponerle presentaciones semanales que se van a realizar en la Comisaría 7 de Plottier… b).- Prohibición absoluta de contacto del imputado con cualquiera de las personas que denunciaron o testigos que eventualmente sean propuestos por las partes acusadoras; c) La prohibición absoluta de ausentarse de la provincia de NEUQUEN, por más de 24 hs., sin previa autorización por escrito de un Juez de Garantías; d) Prohibición de salir del país absoluta…".

Al resolver en tal sentido, los Jueces del Tribunal de Impugnación esgrimieron los fundamentos que a continuación se detallan:

Si bien en la audiencia de revisión se llegó a dar un fundamento por la que se ratificó la decisión de Muñoz, de los argumentos brindados para ratificar aquélla decisión, se destaca que se dispuso la prisión preventiva porque se consideró acreditado que el imputado no vivía en el domicilio que había fijado, y se discutieron los efectos jurídicos del domicilio fijado. Que el Tribunal de revisión, partió en forma errada de que el domicilio fijado por el imputado no era el real. Pues el Código Procesal, en el art. 50, distingue entre domicilio real y domicilio procesal, y el imputado fijó domicilio procesal.

Agregan que luego de ver la audiencia donde se presentan estas cuestiones, el defensor le informa a la jueza (Dra. Mara Suste) que con posterioridad le iba a aportar el domicilio donde recibiera las notificaciones.

Que la resolución de la Dra. Suste dice fijar domicilio, y si vamos a la letra del Código, habría una presunción de que la jueza entendió que le estaba pidiendo al imputado que fijara un domicilio procesal.

En otro punto sostienen que el imputado, luego de que tuvo conocimiento que estaba siendo buscando, si bien fue tres días después, se presentó el día 18/11/2015, ante el Juez de Garantías y el 17/11 se presentó su defensor, diciendo que estaba a disposición y que se fije la audiencia de reformulación de cargos a la que S. se iba a presentar; circunstancia que sucedió a pesar de que el Fiscal Azar le había adelantado al defensor que le iba a pedir la prisión preventiva. Esta conducta de presentarse quita la presunción de que se fuera a fugar, esa presunción de fuga desaparece cuando a los tres días se presentó a la audiencia de reformulación.

Afirman que el Código Civil dice qué es el domicilio real, y los dos domicilios [de Perú 328 y Perú 337 de la localidad de Plottier] son de propiedad de la hermana y cuñado del imputado; ambos son parte de un mismo domicilio, separado por una calle, si bien tienen distintos números catastrales, se trata de un mismo domicilio.

Agregan que no se acreditó, a su criterio, que haya habido una intención de fuga, hubo una serie de presunciones o confusiones que las generó la Fiscalía.

Que al otro día del allanamiento se cumplían los 15 días para su presentación.

Con lo cual el procedimiento correcto hubiera sido, fijar una nueva audiencia, notificarlo; y si no iba, sí disponer la rebeldía.

Por otra parte, agregan que el tribunal de revisión no fundó porqué se justificaba imponer la prisión preventiva y no las otras medidas. Ni el juez Muñoz ni las Juezas de revisión dieron fundamentación alguna sobre la no imposición de las otras medidas.

A todo ello, la Dra. Martini agregó que, la resolución es contradictoria, porque para fundar el peligro de fuga se tuvieron en cuenta las medidas pendientes de realización.

III.- Habiéndose descripto las posiciones de cada una de las partes, pasaré a exponer la forma en que considero deben resolverse las cuestiones traídas a conocimiento de este tribunal.

Tal como surge de las distintas audiencias en las que se analizó la existencia de un riesgo de fuga por parte de S., y más allá de las profusas apreciaciones que realizaron las partes a lo largo de sus alocuciones, advierto que el núcleo de la discusión radica en determinar si el nombrado incumplió o no la obligación de respetar el domicilio real fijado.

La Sra. Jueza de Garantías, el Colegio de Jueces y los acusadores sostienen que el imputado violó esa obligación ya que no residía en el domicilio que había fijado en la calle Perú 328 de la ciudad de Plottier. En tal sentido, destacaron que cuando se realizó el allanamiento en dicha morada el día 15 de noviembre de este año se encontró un galpón deshabitado.

El Tribunal de Impugnación y la defensa, contrariamente, consideran que dicha obligación no se conculcó ya que S. residía en un domicilio muy próximo –en la vereda de enfrente- que también pertenecía a su familia. Según esta posición, ambos inmuebles son parte de un mismo domicilio.

Como podrá observarse, no existen controversias fácticas de relevancia. La propia defensa ha reconocido que su pupilo residía en el domicilio de la calle Perú 337, que el inmueble sito en la calle Perú 328 no estaba acondicionando para ser habitado, y que S. tenía pensado ir a vivir allí posteriormente. La controversia, como se dijo, se circunscribe a una cuestión de apreciación respecto de la posibilidad de considerar que los dos inmuebles mencionados forman parte de un mismo domicilio.

Entiendo que la construcción argumentativa que ha efectuado el Tribunal de Impugnación carece de base lógica. Desde la óptica de este observador, resulta insostenible afirmar que dos inmuebles que poseen distintas nomenclaturas catastrales y que, además, se encuentran separados por una calle son parte de un mismo domicilio. La cuestión es así de sencilla: S. no residía en la dirección que aportó a la fiscalía y cuando se allanó ese domicilio no pudo ser habido. El hecho de que el segundo domicilio también era propiedad de la familia no justifica el incumplimiento en el que incurrió el encausado. Si por cualquier tipo de razón el imputado no podía vivir en Perú 328, debió informarlo oportunamente a la fiscalía.

Tal como lo hicieron la Sra. Jueza de Garantías y los integrantes del Colegio de Jueces, entiendo que la conducta procesal desplegada por el Sr. S. permite presumir fundadamente que existe un riesgo objetivo de que el nombrado no se someta al procedimiento de la misma manera que lo hizo en el mes de noviembre de este año (art. 114, inc. 3° del C.P.P.N.).

Por otro lado, no puede perderse de vista que el propio Tribunal de Impugnación ha considerado que existe un riesgo concreto de fuga. Prueba de ello es la elevada caución real que ha fijado para garantizar la comparecencia del imputado. No se discute la existencia real y objetiva de un riesgo de elusión sino la necesidad de dictar el encierro cautelar y la idoneidad de otras medidas alternativas para garantizar los fines del proceso.

En esta dirección, y tal como lo sostuve en el caso "Hermosilla" –legajo MPFNQ Nro. 10001/14-, corresponde destacar que la satisfacción de la exigencia de la "necesidad" para imponer la prisión preventiva implica corroborar que "no exista una medida menos gravosa" para garantizar los fines del proceso. Pero el análisis no concluye allí, es necesario,

además, que la medida alternativa presente la "misma idoneidad", esto es, que genere la "misma seguridad", para alcanzar el objetivo buscado.

Bajo estos lineamientos, la prisión preventiva dispuesta por el Juez de Garantías y confirmada por el Colegio de Jueces, resulta "indispensable" ya que, ante la elevación del riesgo de fuga que trajo aparejado el incumplimiento en el que incurrió el imputado y la elevada expectativa de pena que posee el delito enrostrado, la caución real no se vislumbra como una medida que permita garantizar "con similar grado de idoneidad" la sujeción del imputado al proceso.

Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, la impugnación extraordinaria deducida debe ser declarada procedente. Mi voto.

La Dra. Maria Soledad Gennari dijo: por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del señor vocal preopinante a esta segunda cuestión. Mi voto.

A la tercera cuestión, el Dr. Alfredo Elosú Larumbe dijo: en virtud de lo desarrollado previamente, considero que una correcta aplicación de la ley adjetiva lleva derechamente a la anulación de la Resolución Interlocutoria Nro. 185/2015, dictada el 23 de diciembre de 2015 por el Tribunal de Impugnación, que revocó la prisión preventiva oportunamente dispuesta en contra del imputado S., lo que así debe declararse; disponiéndose en su lugar y sin reenvío mantener la prisión preventiva del imputado A. B. S. dispuesta por el Juez de Garantías, Dr. Marcelo Muñoz y confirmada por el Colegio de Jueces de esta Primera Circunscripción Judicial, en la audiencia del 23 de noviembre del corriente año (art. 246, último párrafo del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. Maria Soledad Gennari dijo: adhiero a la solución que propone el Dr. Alfredo Elosú Larumbe a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. Alfredo Elosú Larumbe dijo: SIN COSTAS en la instancia (art. 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. Maria Soledad Gennari dijo: adhiero a la solución dada a esta cuarta cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo,

SE RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal la impugnación extraordinaria deducida por el Dr. Marcelo Hertzriken Velasco, apoderado especial de la querella, contra la resolución del Tribunal de Impugnación de fecha 23 de diciembre de 2015 (Registro Nro. 185/2015, en el Legajo Nro. 55383/2015). II.- DECLARAR PROCEDENTE la impugnación extraordinaria antedicha y disponer la NULIDAD de la Resolución Interlocutoria Nro. 185/2015, dictada el 23 de diciembre de 2015, por el Tribunal de Impugnación, que revocó la prisión preventiva oportunamente dispuesta en contra del imputado S.; y consecuentemente mantener la prisión preventiva del imputado A. B. S. dispuesta por el Juez de Garantías, Dr. Marcelo Muñoz y confirmada por el Colegio de Jueces de esta Primera Circunscripción Judicial, en la audiencia del 23 de noviembre del corriente año (art. 246, último párrafo del C.P.P.N.). III.- SIN COSTAS a la parte recurrente (artículo 268, segundo párrafo del C.P.P.N.). IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI

Dr. JORGE E. ALMEIDA - Subsecretario

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"D. J. V. S/ ABUSO SEXUAL SIMPLE 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 112/2015) – Acuerdo: 01/16 – Fecha: 12/02/2016

DERECHO PROCESAL PENAL: Impugnación extraordinaria.

INADMISIBILIDAD. TRIBUNAL COLEGIADO. REQUISITOS ESENCIALES DE LA SENTENCIA. FIRMA DE LOS JUECES. FALTA DE FIRMA DE UNO DE LOS JUECES. PARTICIPACION EN EL DEBATE Y LA DELIBERACION. JUEZ EN USO DE LICENCIA. CONSTANCIA EN LA RESOLUCION. INTERPRETACION DE LA LEY. LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL. RESOLUCION VALIDA.

Corresponde declarar la inadmisibilidad de la impugnación extraordinaria interpuesta por el defensor particular en donde sostiene que la sentencia del Tribunal de Impugnación -revoca la sentencia dictada en autos y ordena el reenvío para la sustanciación de un nuevo juicio de responsabilidad- es nula por carecer de la firma de uno de los magistrados, quien tenía a su cargo la Presidencia del Tribunal, pues, en el sub lite, se advierte que en el punto resolutivo IV.- de la sentencia impugnada, se aclaró expresamente que el Dr. Andrés Repetto, a pesar de haber participado del debate y la consecuente deliberación (en virtud de la audiencia celebrada en fecha 22 de septiembre de 2015), no firmaba la sentencia por estar en uso de licencia. Ello así, pues, si bien es cierto que los arts. 194, inc. 4), y 195 del C.P.P.N. exigen, como un requisito esencial de la sentencia la firma de los jueces, lo cierto es que dicha regla jurídica debe ser interpretada en forma armónica con el art. 45 de la ley 1436 (Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Neuquén, en cuanto dispone que: "Todas las causas serán resueltas con el voto de los tres miembros de la Cámara en los casos en que correspondiera emisión personal del mismo, o con su acuerdo, si correspondiera resolución impersonal. En los casos de vacancia, ausencia u otro impedimento por más de cinco días hábiles de uno de sus miembros, los dos jueces restantes podrán dictar resolución válida, sin integrar por subrogancia el Tribunal, si concordasen en la solución del caso, dejándose constancia de la situación en la resolución que dicten".

Texto completo:

ACUERDO Nro. 1/2016: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los doce (12) días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores MARÍA SOLEDAD GENNARI y ALFREDO A. ELOSÚ LARUMBE, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados "D. J. V. S/ ABUSO SEXUAL SIMPLE 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'" (expte. n° 112 - año 2015) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: I.- Que por sentencia n° 76/2015, emitida por el Tribunal de Impugnación, integrado en la ocasión por los Dres. Andrés Repetto, Gladys Mabel Folone y Héctor Dedominichi, se resolvió, en lo que aquí interesa: "...II.- HACER LUGAR a la impugnación interpuesta por las partes acusadoras, y en consecuencia revocar la sentencia dictada en autos, ordenando el reenvío para la sustanciación de un nuevo juicio de responsabilidad (Arts. 237, 246 y 247 del CPP)...".

En contra de tal resolución, dedujo impugnación extraordinaria el señor Defensor Particular, Dr. Walter Damián Pinuer, a favor de J. V.O D..

El recurrente sostiene que la sentencia es nula por carecer de la firma del Dr. Repetto, quien tenía a su cargo la Presidencia del Tribunal a quo y, de acuerdo a lo afirmado en la pieza procesal atacada, habría participado del debate y de la deliberación pero no la habría suscripto por encontrarse en uso de licencia; circunstancia que, en su opinión, vulneraría las reglas del debido proceso y de la defensa en juicio, por impedir el cotejo de la existencia de una verdadera deliberación, máxime si dicho magistrado es el único que fundamentó el voto al que adhirieron los demás colegas del órgano revisor (arts. 1, 18, 33 y 75, inc. 22, de la C.N., 8 y 29 de la C.A.D.H., 14 del P.I.D.C.P.; 238 de la Carta Magna local; 193, 194 y 248, incs. 2° y 3°, del C.P.P.N.).

Hizo reserva del caso federal. Citó, en apoyo de su postura, doctrina emanada de Fallos: 327:4054 y 4735; 317:483.

II.- Por aplicación de lo dispuesto en los arts. 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida (cfr. acta de audiencia de fs. 100/101).

a) El Dr. Walter Pinuer comenzó su alocución instando la nulidad de la sentencia por considerarla un acto jurídico inexistente, de acuerdo con precedentes de la Corte Federal en la materia, ajenos incluso al ámbito del derecho penal.

Aclaró que la impugnación extraordinaria se dirige en contra de una sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Impugnación, cuyo voto ponente, emitido por el Dr. Repetto, carece de su firma, con el agravante de que los otros magistrados adhirieron a su voto.

Agregó que la firma es un requisito sustancial de validez de la sentencia, en especial, si se trata de una sentencia de condena en sede penal. De allí, que no sería posible salvaguardar su validez con la sola mención relativa a que existió deliberación y que el magistrado estaba en uso de licencia, pues no habría modo de comprobar si hubo o no una verdadera deliberación.

b) La Dra. María Dolores Finochietti, por su parte, solicitó que la impugnación extraordinaria sea declarada inadmisible, arguyendo que las alegaciones de las partes, vinculadas con las formalidades de la sentencia, son una cuestión ajena a la competencia federal.

En forma subsidiaria, sostuvo que la firma no es un elemento esencial del acto (cfr. art. 246 del C.P.P.N.), sino que, por el contrario, el nuevo sistema procesal prescindió de las formas sacramentales, sumado a que no habría una afectación directa a los derechos y garantías del imputado (art. 95 del código adjetivo); poniendo de resalto, asimismo, que la sentencia fue dictada en forma unánime, previa deliberación y voto del Dr. Repetto. Por todo ello, solicitó el rechazo del recurso intentado.

c) La Dra. Silvia Acevedo, por la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente, adhirió a los argumentos de la Fiscalía en cuanto a que la impugnación extraordinaria debería ser declarada inadmisible. Agregó que, según su opinión, no existiría agravio y el caso no encuadra en la doctrina de la sentencia arbitraria. En subsidio, señala que se dio cumplimiento a la exigencia de deliberación prevista en el art. 193 del C.P.P.N., y que se difirió la redacción de la sentencia por haberse planteado un asunto complejo.

Cita en su apoyo el art. 45 de la ley n° 1436, Ley Orgánica del Poder Judicial.

En consecuencia, solicita que el recurso sea declarado inadmisible.

d) En uso de la última palabra (art. 85, segundo párrafo, del código adjetivo), el Dr. Pinuer puntualizó que la sentencia debía ser anulada, toda vez que la firma de la sentencia, por parte de los jueces, constituye una garantía a favor del imputado.

En este contexto, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dra. María Soledad Gennari y Alfredo A. Elosú Larumbe.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) ¿Es procedente la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión la Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI dijo:

a) El escrito fue presentado en término, por parte legitimada para ello, ante la Oficina Judicial correspondiente, y se impugna una sentencia definitiva.

b) Además, el remedio intentado resulta autosuficiente, porque de su lectura se hace posible conocer cómo se configura -a juicio del recurrente- el motivo de impugnación extraordinaria aducido y la solución final que propone.

c) En cuanto a la resolución puesta en crisis, comparto los lineamientos expuestos en precedentes de este Tribunal Superior de Justicia, en el sentido de que la misma, no resulta susceptible de ser recurrida en esta instancia extraordinaria.

En efecto, la postura fijada por la Sala Penal, si bien con otra integración, en una causa parcialmente análoga al presente ha sostenido que: "...Basta con remitirse a los propios términos de la sentencia para verificar (...) que se cumplió con el sorteo, con el proceso deliberativo, y que la decisión fue adoptada por unanimidad de votos (...). Al respecto, la Alta Corte sentó criterio en el sentido que: '...las cuestiones vinculadas con las formalidades de la sentencia y el modo de emitir su voto los miembros de los tribunales colegiados, son de naturaleza procesal, ajenas a la apelación del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 298:364; 299:105; 304:1699; sentencia del 2 de julio de 1985, en la causa A.295-XX, "Arisnabarreta, Lino César y otros')...' (Fallos: 308:1922, considerando 8, del voto mayoritario; M.801. XLVII.RHE, 'Muñoz, Carolina Marité y otro s/ robo calificado etc. – causa 256/09', del 06/05/2014, entre muchos otros). Desde ya, no se presentan en el caso circunstancias que ameriten un apartamiento de esta doctrina legal, tales como las situaciones registradas en los precedentes judiciales de Fallos: 308:2188 (irregularidades en el procedimiento de emisión de la sentencia, con menoscabo de la garantía de la defensa en juicio); Fallos: 312:139; 315:695; 316:32 y 318:1860 (sentencias de tribunales colegiados suscriptas por sólo dos de sus integrantes, en la que no consta un intercambio racional de ideas entre ellos). Por lo demás, no existe perjuicio para los impugnantes (art. 227, segundo párrafo in fine, a contrario sensu, del C.P.P.N.)..." (Acuerdo n° 10/2015, "FERNÁNDEZ, JUAN MARCOS – GODOY, ANALÍA ALEJANDRA S/ FALSO TESTIMONIO Y ENCUBRIMIENTO CALIFICADO EN CONCURSO IDEAL 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'", rto. el 27/04/2015).

Entonces, en función de esta línea argumental, la impugnación intentada debe ser inadmisible por ausencia de materia federal.

d) Además, considero que no se configura un supuesto de excepción en el presente caso, dado que más allá de lo expuesto por la Defensa, en el sentido que se presenta un caso que puede ser encuadrado en los términos del artículo 248 inc. 2 del C.P.P.N., del cotejo del legajo no se verifica un supuesto de arbitrariedad.

En tal sentido, se advierte que en el punto resolutivo IV.- de la sentencia impugnada, se aclaró expresamente que el Dr. Andrés Repetto, a pesar de haber participado del debate y la consecuente deliberación (en virtud de la audiencia celebrada en fecha 22 de septiembre de 2015), no firmaba la sentencia por estar en uso de licencia.

Es un criterio reiterado en la doctrina de la Alta Corte el que sostiene que: "...si bien (...) la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, (...) debe evitarse el excesivo rigor de los razonamientos que desnaturalicen al espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos: 310:464; 500 y 937; 312:1484; 318:879), pues, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, corresponde indagar lo que dicen jurídicamente, y si bien no cabe prescindir de las palabras, tampoco resulta adecuado ceñirse rigurosamente a ellas cuando lo requiera la interpretación razonable y sistemática (Fallos: 312:1614; 318:879), ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante (Fallos: 234:482; 302:1284; 326:2095, entre otros)..." (Fallos: 331:2550, considerando 14).

Bajo esa óptica, si bien es cierto que los arts. 194, inc. 4), y 195 del C.P.P.N. exigen, como un requisito esencial de la sentencia la firma de los jueces, lo cierto es que dicha regla jurídica debe ser interpretada en forma armónica con el art. 45 de la ley 1436 (Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Neuquén, en cuanto dispone que: "Todas las causas serán resueltas con el voto de los tres miembros de la Cámara en los casos en que correspondiera emisión personal del mismo, o con su acuerdo, si correspondiera resolución impersonal. En los casos de vacancia, ausencia u otro impedimento por más de cinco días hábiles de uno de sus miembros, los dos jueces restantes podrán dictar

resolución válida, sin integrar por subrogancia el Tribunal, si concordasen en la solución del caso, dejándose constancia de la situación en la resolución que dicten".

Y, tal como surge de los términos de la pieza procesal atacada, es evidente que el sub-lite se enrola en esta última hipótesis. En rigor, la decisión fue adoptada por unanimidad de votos, una vez concluido el proceso deliberativo y realizado el sorteo entre los respectivos magistrados (fs. 77), por lo que, a más de hallarse amparada por la regla del art. 296, inc. a), del Código Civil y Comercial de la Nación, por estar suscripta por los Dres. Folone y Dedominichi, se descarta cualquier afectación constitucional a la recta administración de justicia y todo tipo de perjuicio para el impugnante (art. 18 de la C.N.; art. 227, segundo párrafo in fine, a contrario sensu, del C.P.P.N.), porque, según surge de la sentencia –pto. IV.- (fs. 83 vta.) existió un intercambio racional de ideas entre todos los magistrados (Fallos: 308:2188, considerando 11 del voto del Juez Petracchi; 315:1260; 321:2738; 332:826).

e) En ese contexto, entendemos que la situación aquí planteada es diferente a la registrada en el precedente de Fallos: 317:483 que cita el recurrente, pues, en este último caso, se había vulnerado el art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional en cuanto establece ámbitos de excepción al normal funcionamiento de los tribunales colegiados, que suponen el desempeño conjunto de todos sus miembros; ni tampoco puede equipararse la hipótesis fáctica en estudio al escenario planteado en supuestos en los cuales se pretendió extender, indebidamente, el alcance de una licencia (CIV 107619/2008/CS1; "Luchia Puig, Horacio Miguel c/ Crespo, María Luisa/Rafael Antonio Crespo y otros s/ cobro de honorarios profesionales", del 18/11/2015).

Tampoco es aplicable la doctrina de Fallos: 327:4054, por derivarse, aquélla, de una acción de amparo destinada a recuperar sumas depositadas a plazo fijo en una entidad financiera, en donde el órgano jurisdiccional no alcanzó una voluntad mayoritaria en relación a la moneda en que debía materializarse el reintegro de los importes de propiedad de los actores.

Por último, el precedente registrado en Fallos: 327:4735 es excepcional, ya que resolvió un recurso dirigido a impugnar un acto administrativo en el que se alegó que la acción no había prescripto (arts. 72 y 73, inc. e), de la ley 4044 de la Provincia de La Rioja); es decir, allí se analizó un tema ajeno a la materia penal, en donde existía un perjuicio actual para el justiciable. A diferencia de esta última hipótesis, D. no sufrió ningún menoscabo a sus derechos, pues los judicantes alcanzaron la mayoría necesaria para emitir el fallo en plena coincidencia de opiniones.

Por todo lo expuesto, corresponde declarar la inadmisibilidad de la impugnación deducida por la Defensa, al no verificarse el presupuesto de impugnabilidad objetiva ni los supuestos de excepción que habilitan esta vía extraordinaria (artículo 227, a contrario sensu, del C.P.P.N.). Mi voto.

El Dr. Alfredo ELOSU LARUMBE dijo: coincido con el tratamiento y solución dado por la señora Vocal preopinante a esta primera cuestión. Tal es mi voto.

A la segunda y tercera cuestión, la Dra. María Soledad GENNARI dijo: Dada la manera en que resolviera la cuestión anterior, devino abstracto el tratamiento de las presentes. Mi voto.

El Dr. Alfredo ELOSU LARUMBE dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba la señora Vocal preopinante en primer término, a esta segunda y tercera cuestión. Mi voto

A la cuarta cuestión, la Dra. María Soledad GENNARI dijo: Atendiendo a las circunstancias particulares del presente caso, propongo que se exima de costas a la parte recurrente (artículo 268 segundo párrafo, última parte, del C.P.P.N.). Mi voto.

El Dr. Alfredo ELOSU LARUMBE dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- DECLARAR INADMISIBLE la impugnación extraordinaria deducida por el Dr. Walter Damián PINUER, Defensor Particular de J. V. D., contra la sentencia del Tribunal de Impugnación de fecha 06/10/15 (registro Nro. 76/2015, Legajo Nro. 11574/2014). II.- SIN COSTAS a la parte recurrente (artículo 268 segundo párrafo, última parte, del C.P.P.N.). III.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI - Dr. ALFREDO A. ELOSÚ LARUMBE

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"MOLINA OSCAR RAUL C/ SOLAZZI SERGIO ARIEL Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 476810/2013) – Sentencia: 222/15 – Fecha: 03/12/2015

DERECHO CIVIL: Obligaciones.

OBLIGACIONES DE DAR DINERO. INTERESES MORATORIOS. TASA DE INTERES. DETERMINACION SUBSIDIARIA. FALTA DE REGLAMENTACION DEL BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA. FECHA DE ENTRADA EN VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. TASA ACTIVA.

Si bien el Banco Central no ha dictado ninguna reglamentación en cumplimiento de la directiva contenida en el inc. c) del artículo 768 del Código Civil que permita determinar -en subsidio- la tasa aplicable a los intereses moratorios, entendemos que la tasa aplicable es la activa del BPN, también para el período posterior al 01 de agosto de 2015 -fecha de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, Conf. Art 1° Ley 27.077-. Esta solución además se presenta acorde con la línea trazada por el TSJ, en tanto en los pronunciamientos dictados con posterioridad al 01/08/15 no ha variado la tasa aplicable, de lo que se desprendería un criterio de solución análogo (ver, entre otros R.I. 433, de fecha 11 de agosto de 2015). Este último argumento coadyuva a la solución propuesta por razones de seguridad jurídica, igualdad y previsibilidad.

Texto completo:

NEUQUEN, 3 de diciembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MOLINA OSCAR RAUL C/ SOLAZZI SERGIO ARIEL Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (Expte. N° 476810-2013) venidos nuevamente a esta Sala I, integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Daniela GARCIA, y

CONSIDERANDO:

1. Viene la causa a estudio para resolver el pedido de aclaratoria con relación a la tasa de interés aplicable, en tanto el pronunciamiento se remite a las tasas que se determinen conforme las reglamentaciones del Banco Central (art. 768 inc. c, C.C.C.), a partir del 01/08/15, en atención a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

2. Ahora bien, la diferenciación efectuada en la sentencia se imponía a partir del cambio normativo.

Como sostuviera –entre otras- la Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza "…El nuevo Código dispone la aplicación inmediata de dicho cuerpo legal a las consecuencias no consumadas de las relaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en vigencia.

Siendo un supuesto de ello el nuevo régimen instaurado en materia de intereses (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La aplicación del Cód. Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, pág. 148). El estadio procesal en el que el expediente se encuentra (primera o ulterior instancia) no afecta la aplicación de las normas de transición dispuestas al efecto por el nuevo Código Civil y Comercial (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El artículo 7 del Cód. Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", LA LEY, Suplemente del 22/04/2015).

Mientras el responsable no satisfaga la obligación de resarcir, ésta tiene como efecto, entre otros, producir intereses; si una ley nueva varía el tipo de interés, a partir de ese momento, los intereses que devengue la obligación se calcularán de acuerdo a las nuevas tasas y esto es lo que se denomina efecto inmediato de la ley posterior y no vulnera el principio de la irretroactividad. (MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 (Código Civil) (Derecho Transitorio)", Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba – Dirección General de Publicaciones, 1.976, pág. 43)…" (cfr. autos Nº 51.099/4.325 caratulados "BAIGORRIA, OSCAR ALEJANDRO c/ QUINTERO, ELISABETH GRACIELA P/ D. Y P. (ACCIDENTE DE TRÁNSITO)" 21/10/15).

Así es que nos remitimos a la concreta aplicación del inciso c) del art. 768 del C.C.C.

3. Ahora bien, al momento actual, ninguna reglamentación en tal dirección se ha dictado.

Y la tasa pasiva de interés para uso judicial publicada por dicho organismo tampoco puede ser utilizada a estos efectos, no sólo por cuanto no ha sido dictada en consonancia con el precepto citado, sino porque –además- no respondería a la finalidad compensatoria de los perjuicios e intereses debidos al acreedor; menos aún, a la finalidad perseguida por el Código Civil y Comercial, que consagra que la plena reparación del daño debe consistir en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso (argumento del art. 1740).

Nótese que, recientemente, en esta línea de razonamiento, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, resolvió con relación a la aplicación del art. 61 de la ley 21.839, texto modificado por la ley 24432:

"La tasa pasiva hoy, lejos de reparar el resarcimiento moratorio pues no alcanza siquiera a mantener el valor de la deuda, agrava el daño producido por la mora al acreedor; premiando -como correlato- al deudor que se beneficia con el no pago y, eventualmente, mediante el consumo o la inversión ahorra la diferencia que se le devengará entre el aumento de los precios de los bienes adquiridos y el precio de los intereses a la tasa pasiva, que es menor según lo dejan ver los datos la realidad analizados . Y lo que es peor, cuanto más tiempo pase, más será el beneficio que premia al deudor alargando el plazo de cumplimiento de la obligación vencida a un menor costo. Por ello, con acierto, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo consideró inconstitucional la norma que impone a los abogados el cobro de sus créditos en mora, con aplicación de la tasa de interés pasiva, pues de mantenerla en las condiciones económicas actuales, resulta atentatorio contra un elemental derecho de propiedad, siendo deber de la justicia desalentar las prácticas evasivas y dilatorias pergeñadas con el solo fin de financiarse a través del denominado "dinero judicial barato" (CNTrab., Sala VIII, causa 34.235/2007, sent.: 34446 del 14/08/2011)…" (cfr. A., A. D. y otros c. Estado Nacional Prefectura Naval Argentina s/ cobro de sumas de dinero 29/05/2015 Publicado en: LA LEY 29/06/2015, 10 LA LEY 2015-C, 613 LJU Sup. Doctrina Judicial Procesal 2015 (agosto), 38 DJ 04/11/2015, 65 DJ 11/11/2015, 58 Cita online: AR/JUR/18959/2015).

4. Lo cierto es que la ausencia del dictado de una reglamentación concreta, dificulta la aplicación de la directiva contenida en el inc. c) del artículo 768 que, de por sí, ya ha proyectado distintos posicionamientos doctrinarios y jurisprudenciales.

4.1. En lo que hace a los pronunciamientos judiciales, distintas líneas se han adoptado, pudiendo citarse entre otros, a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, quien dispuso que "Con relación a los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y hasta el efectivo pago, en materia de daños y perjuicios, al ser una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a esta demanda, la

tasa que resulte aplicable para liquidarlos por imperio del art. 768 del citado ordenamiento, nunca podrá ser inferior a la activa, pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado al pretensor (ver art. 1740 del mismo Código)" (09/09/2015, "Mapfre Argentina Art S.A. y Otros c/ Kazsdan Ernesto y Otros S/ Interrupción De Prescripción (ART. 3.986 C.C)", EL DIAL EXPRESS 14-10-2015).

Véase también, en el ámbito laboral, el pronunciamiento de la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones de Santa Fe, en autos "IBARRA EDUARDO ANDRES c/ SUPERMERCADOS MAY. MAKRO S.A. s/ C.P.L (EXPTE. 70 Folio 167, 2014) de fecha 28 de agosto de 2015.

O, el pronunciamiento ya citado de nuestra par mendocina, en tanto dispone:

"Asimismo, la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, hasta ahora aplicada a partir del plenario Aguirre, es sensiblemente inferior a las que ordena pagar el nuevo Código, por lo que, a pesar de que no exista reglamentación al respecto, y mientras la misma se dicta, entiendo que debe tomarse un promedio de las tasas activas que publica el Banco Central en operaciones de préstamos personales, debiendo tenerse en cuenta el mismo al momento de practicarse la liquidación correspondiente"

4.2. En el campo doctrinario, como explica Juan J. Formaro, tampoco "existe consenso doctrinal sobre los alcances de la última parte de la previsión legal (tasas que se consagran "en subsidio").

Desde una posición se ha dicho que "ya no se difiere a los jueces la fijación de la tasa moratoria, sino que se sustituye la determinación judicial por la del Banco Central de la República Argentina, en un intento patente de que sea la autoridad monetaria, dentro de sus políticas sobre la materia, quien fije una tasa que puede tener importantes efectos macroeconómicos" (cfr. Márquez, José F., Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial, LL, ejemplar del 9/3/15, p. 1)

Concordantemente se ha expresado: "Se innova respecto a la determinación de la tasa de interés. En el art. 622 del Código derogado, en defecto del pacto de las partes o de una disposición de la ley, es el juez quien debe establecerla.

Ahora, para tal supuesto, lo hace el Banco Central de la República Argentina" (cfr. Ossola, Federico A., en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Ricardo L.Lorenzetti (dir.) - Miguel Federico De Lorenzo - Pablo Lorenzetti (coord.), Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V, p. 144).

Comentando la disposición, Compagnucci de Caso ha expresado, desde otro ángulo, que la misma "tiene alguna dificultad en su interpretación porque el Banco Central fija diferentes tasas". Agregando que "por lo tanto, a mi juicio, quedará como tarea de los jueces, en ausencia de pacto o de la ley, la aplicación de la tasa de interés que corresponda" (cfr. Compagnucci de Caso, Rubén H., en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado,Julio C. Rivera - Graciela Medina (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 97" …"

Agrega que, en su criterio "El objeto de la solución legal no es quitar la posibilidad de seleccionar la tasa pertinente, sino establecer la elección entre las tasas que acepta el Banco Central de la República Argentina. Y en torno a ello se presentan dos posibilidades interpretativas: la primera, acudir a las tasas que aplican las diversas entidades bancarias -públicas o privadas19, provinciales o no- según autoriza el Banco Central; la segunda, recurrir a las tasas publicadas directamente por el citado Banco Central -reduciéndose entonces la variedad de tasas posibles en las distintas jurisdicciones del país-. Ninguna de esas soluciones implica librar a la decisión del BCRA, reiteramos, el tipo de tasa aplicable a cada crédito judicial…." (cfr. Formaro Juan J. "La aplicación de la ley en el tiempo, los intereses moratorios judiciales y el cese de la vigencia de la doctrina de la SCBA en la materia" en www.catl.org.ar/archnovedades/ Fallo_Isla_ DrFormaro. pdf).

Esta dualidad también se vio reflejada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Bahía Blanca los días 1 a 3 de octubre de este año.

La Comisión N° 2 "Obligaciones" abordó la cuestión de las obligaciones de dar dinero, ocupándose de los intereses; allí, se concluyó por mayoría que "la previsión del artículo 768 inciso c no implica la delegación al Banco Central de la fijación de la tasa, sino que siempre será el juez el que la determinará.

Las tasas fijadas por las reglamentaciones del Banco Central servirán como pauta que podrá ser utilizada por el juez en esta tarea".

La minoría, no obstante, postuló que "la previsión del artículo 768 inciso c implica la delegación al Banco Central de la fijación de la tasa".

Claro que, por unanimidad, se concluyó: "Es necesario que al determinar la tasa de interés moratoria se fije aquella que aliente el cumplimiento en tiempo propio por el deudor." (ver también, en particular las ponencias de Domingo Antonio Viale, Domingo Jerónimo Viale Lescano y Juan Ignacio Córdoba Gonzalez "Intereses moratorios: Reforma del art. 768 del CCCN" y de Aldo Marcelo Azar y María Inés Ferreyra "Régimen de los intereses en el Código Civil y Comercial de la Nación: Interpretación conforme a las finalidades de la ley y eficacia de las normas").

5. Pero cualquiera que fuera la posición que se adoptase, al momento de decidir hay dos puntos incontrastables: a) El Banco Central no ha dictado ninguna reglamentación al respecto; b) siempre se impone el control de la suficiencia y razonabilidad de la tasa y, en última instancia, la cuestión siempre será dirimida por los jueces (argumento del art. 771 del Código Civil y Comercial, entre otros).

Por ello, en este contexto, en el panorama actual y en mérito a todas las razones expresadas, entendemos que la aclaración solicitada conduce a establecer que la tasa aplicable es la activa del BPN, también para el período posterior al 01 de agosto de 2015.

Esta solución además se presenta acorde con la línea trazada por el TSJ, en tanto en los pronunciamientos dictados con posterioridad al 01/08/15 no ha variado la tasa aplicable, de lo que se desprendería un criterio de solución análogo (ver, entre otros R.I. 433, de fecha 11 de agosto de 2015).

Este último argumento coadyuva a la solución propuesta por razones de seguridad jurídica, igualdad y previsibilidad.

Disponemos, en consecuencia, que se aclare que la tasa a aplicar por el período posterior al 01/08/2015 será la activa del Banco de la Provincia del Neuquén.

Por lo expuesto

SE RESUELVE:

1.- ACLARAR el Punto 1.- de la sentencia de fs. 267/270, en el sentido de que la tasa a aplicar por el período posterior al 01/08/2015 será la activa del Banco de la Provincia del Neuquén.

2.- Regístrese, tómese nota en la sentencia que se aclara, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Daniela GARCIA – SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"SANCHEZ SCHWANTZ SIXTO C/ BENEGAS LIDIA Y OTRO S/ ACCION REIVINDICATORIA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 417872/2010) – Sentencia: 249/15 – Fecha: 29/12/2015

DERECHO REALES: Dominio.

ACCION REIVINDICATORIA. BOLETO DE COMPRA VENTA CEDIDO. IMPROCEDENCIA. FALTA DE ACREDITACION DE TRANSMISIONES DESDE EL TITULAR REGISTRAL.

Cabe confirmar la sentencia que rechazó la acción reivindicatoria en donde el actor fundamentó su legitimación para promoverla en la cesión del boleto de compraventa que se le efectuara. Ello es así, pues, no habiendo acreditado aquí la cadena sucesiva y regular de transmisiones desde el titular registral, mal puede sostenerse que se le haya cedido la titularidad de una acción, si no se acredita que ésta estuviera en cabeza del transmitente. No existe ningún elemento en esta causa que permita vincular al Sr. M. (quien le cediera los pretendidos derechos) con el titular registral. Y esto es lo decisivo.

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de diciembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SANCHEZ SCHWANTZ SIXTO C/ BENEGAS LIDIA Y OTRO S/ ACCION REIVINDICATORIA" (EXP Nº 417872/2010) venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N°6 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. Contra la sentencia que rechaza la acción reivindicatoria promovida, apela el accionante.

Se queja de que la magistrada haya considerado que el boleto de compraventa acompañado es título insuficiente para ejercer la acción.

Dice que esto es errado, puesto que mediante boleto de compraventa, el vendedor le cedió todas las acciones derivadas del dominio, entre ellas, la que aquí pretende ejercer. Cita jurisprudencia en apoyo de esta posición.

Por otra parte, se queja de que se considere que no tuvo la posesión. Dice que, a pesar de no haber estado en el país, siempre tuvo el animus domini, o sea la intención de ejercer el derecho de propiedad. Se queja también de que la magistrada no se haya expedido sobre la ilegitimidad de la posesión alegada.

Finalmente, remarca que se agravia que se haya rechazado la acción fundado en la supuesta falta de legitimación, en tanto el art. 1444 del Código Civil es claro. Dice que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria admiten que el boleto es título suficiente para acreditar la cesión de la acción reivindicatoria que tenía el titular de dominio, la que fuera transmitida por éste a un tercero y a su vez, este tercero, se la transmitió a su parte.

Sustanciados los agravios, no son contestados.

2. Ahora bien, al acceder a la instancia judicial, el actor interpone una acción de reivindicación y fundamenta su legitimación para promoverla en la cesión del boleto de compraventa que le efectuara el Sr. Matousek (instrumento que obra en hoja 254).

De la lectura de dicho instrumento surge (cláusula primera) que lo cedido es una fracción de terreno, propiedad de Magnus Knudsen.

Sin embargo, tanto de las constancias registrales como catastrales surge que el titular registral es el Sr. Isabelino González (ver hoja 256 y 18).

Con más precisión, de la inscripción registral surge que el Sr. Isabelino Ricardo González lo adquirió por medio de la escritura de compraventa 85, con fecha 23 de marzo de 1961.

En este contexto, lo decisivo no es que haya promovido la acción con base en una cesión de un boleto de compraventa, sino que no haya acreditado que la alegada cesión encuentre entre sus antecedentes, al propietario dominial, Sr. Isabelino Ricardo González.

3. Es que aun cuando es cierto que: "…El título exigido para ejercer la acción reivindicatoria no es el instrumento sino la causa de la que proviene el derecho de dominio. El vocablo "título" no debe entenderse en sentido documental o formal, como instrumento probatorio del dominio -como lo entiende el apelante-, sino como causa legítima de

transmisión o adquisición de la propiedad; es el acto jurídico que sirve de causa a la tradición o adquisición de la cosa, comprendiéndose tanto los traslativos de dominio cuanto a los declarativos (conf. LÓPEZ MESA, Marcelo J. "Cód. Civil y Leyes Complementarias Anotados con jurisprudencia", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, T. IV, p. 98); siendo -en consecuencia- hábil el boleto de compraventa, como instrumento probatorio de la causa legítima de la transmisión del dominio.

En el sub lite quedó acreditado que la Provincia de Formosa, transfirió el inmueble a Augusto Roberto Jojot mediante Escritura Ciento Treinta y Siete de la Escribanía Mayor de Gobierno de la Provincia de fecha 28/04/1981; y que los herederos de Augusto Roberto Jojot y Silvio Tommasi celebraron la compraventa del inmueble instrumentando el acto mediante Boleto de Compraventa en fecha 13/08/2002.

Con tales antecedentes, queda entonces por analizar si los documentos mencionados constituyen título válido para sustentar la reivindicación, como así también establecer como opera la cuestión de la posesión y la falta de tradición del inmueble a la actora, a los efectos de la procedencia de la acción de reivindicación, dado los agravios sustentados por el accionado.

Con respecto a los títulos presentados por la parte actora, como sustento de la demanda, resulta de aplicación lo normado en el art. 2790 del Cód. Civil que expresamente prescribe que "si se presentare títulos de propiedad anterior a la posesión y el demandado no presentare título alguno, se presume que el autor del título era el poseedor y propietario de la heredad que se reivindica".

Existe acuerdo en la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en sostener que la norma no se refiere al título del propio reivindicante sino al de sus antecesores, siendo suficiente que el primero en la cadena regresiva sea el que tiene fecha anterior a la posesión del reivindicado. De allí que la norma presume que el transmitente y no el reivindicante, era poseedor y propietario de la heredad que se reivindica.

Por lo que las presunciones de propiedad y posesión no se refieren al reivindicante y la cadena regular de transmisiones -Provincia de Formosa a Augusto Roberto Jojot y Herederos de Jojot a Silvio Tommasi- acreditada en autos, constituye título suficiente para reivindicar. Sentada la procedencia de la consideración del Boleto de Compraventa a lo fines de acreditar la "causa" de la transmisión, cabe pronunciarse sobre la cuestión de la "tradición" del bien inmueble y sus efectos. En ese orden se ha dicho que "siendo la acción de reivindicación de naturaleza cesible acorde al art. 1444 del Cód. Civil, ninguna trascendencia tiene que el reivindicante haya o no poseído el bien cuya restitución se persigue. De allí que el actor hace suyo el derecho a reivindicar que competía al antecesor con título anterior a la posesión del demandando, y puede accionar en nombre propio" (Conf. BUERES, Alberto - HIGHTON, Elena I. - Cód. Civil y normas complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Ed. Hammurabi, T. 5, B, p. 614)… De lo expuesto se colige que lo resuelto por la Juez de Grado se ajusta a derecho contrariamente a lo sostenido por el apelante. Asimismo queda claro que el recurrente que reconoció incluso en la expresión de agravios que el titular del dominio era el Estado, quien transmitiera el inmueble a Augusto Jojot en el año 1981; también afirmó al promover la excepción de prescripción que ocupa el inmueble aproximadamente desde el año 1982 -es decir con posterioridad a la posesión de Augusto Jojot-, y reconoció que fue este último quien le permitió el ingreso para explotar el inmueble, quedando -en consecuencia- acreditada la posesión anterior a la del demandado, de los antecesores del Sr. Tommasi, siendo inconsistentes los agravios del apelante en este punto, por lo tanto deben ser desestimados…"(Cfr. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Formosa, Tommasi, Silvio c. Jojot, Hugo Guillermo y/o Cualquier otro Poseedor y/u ocupante s/ ordinario 26/02/2015 Publicado en: LLLitoral 2015 (julio), 678 Cita online: AR/JUR /5351/2015. El resaltado es propio).

3. Véase, entonces, la abismal diferencia que existe entre el supuesto analizado en el pronunciamiento que recién se transcribió y el presente caso, aún cuando en dicho precedente se acepta la legitimación mediante boleto.

Es que no habiendo acreditado aquí la cadena sucesiva y regular de transmisiones desde el titular registral, mal puede sostenerse que se le haya cedido la titularidad de una acción, si no se acredita que ésta estuviera en cabeza del transmitente.

No existe ningún elemento en esta causa que permita vincular al Sr. Matousek (quien le cediera los pretendidos derechos) con el titular registral. Y esto es lo decisivo.

Así, la magistrada concretamente consigna:

"Por su parte, a fs. 19 obra copia certificada de la declaratoria de herederos de fecha 16/12/81, dictada en el proceso sucesorio del mencionado Gonzalez (Expte. N° 8148-576-80), en la cual se declara como legítimos sucesores universales de éste y su esposa, Sra. Manuela Lema, a sus hijos, Eloy Anibal e Irma Azucena, ambos de apellido Gonzalez-Lema.

Ello así, el documento privado suscripto entre el accionante y un tercero, resulta insuficiente para acreditar el recaudo requerido.

Por otro lado, tampoco menciona el pretenso reivindicante que haya tomado posesión del inmueble, limitándose a manifestar que en el año 2001, esto es seis años después de haber suscripto el boleto, tuvo que ausentarse de país, constatando al regresar, no se sabe bien en qué año, la presencia de ocupantes.

Ello me lleva a tener por no acreditados los recaudos necesarios para admitir la alegada "pérdida de posesión".

Destaco que el propio Sr. Sanchez incurre en contradicciones a la hora de intentar, tardíamente, alegar la presunta posesión del terreno, al sostener que tanto el alambrado como la choza de madera siempre fueron de su propiedad (fs. 156 vta.), contrariamente con las alegaciones inicialmente sostenidas al momento de interponer la demanda, en el sentido de haber advertido la presencia de ocupantes que habrían alambrado el terreno cuando se encontraba ausente del país.

Lo apuntado importa sin más el rechazo de la acción real intentada desde que no se ha acreditado que el Sr. Sanchez Schwantz hubiera tenido derecho a instar la presente acción por carecer de justo título, encontrándose negada la tradición del bien, recaudo necesario para la eficacia traslativa del dominio, así como también desconocida y no acreditada, la titularidad del vendedor mediante boleto. Es que la acción reivindicatoria nace del dominio que se tiene de las cosas, por la que el propietario que perdió la posesión, la reivindica o reclama contra el que se encuentra en posesión de ellas y, reitero, nada de esto ha sido acreditado en estos autos…."

Como se advierte, los argumentos dados por la magistrada constituyen una clara aplicación del derecho que regía la situación, de acuerdo a las constancias probatorias de la causa.

Y ninguno de estos argumentos ha sido seriamente rebatido por el recurrente.

En mérito a ello, propongo al Acuerdo el rechazo del recurso de apelación, confirmándose el pronunciamiento en todo cuanto ha sido motivo de agravios. Las costas generadas por la apelación serán a cargo del recurrente vencido. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome en idéntico sentido.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Confirmar el pronunciamiento de fs. 259/261 en todo cuanto ha sido motivo de agravios.

2.- Imponer las costas de esta instancia, al recurrente vencido (art. 68, Código Procesal).

3.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"P.G.A.T. S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 73036/2015) – Interlocutoria: 486/16 – Fecha: 22/12/2015

DERECHO DE FAMILIA: Adopción.

ADOPCION. FAMILIA SUSTITUTA. REGISTRO DE ADOPTANTES. FALTA DE ANOTACION. ESTADO DE ADOPTABILIDAD. FALTA DE FIRMEZA.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de diciembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "P.G.A.T. S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCION" (EXP N° 73036/2015) venidos en apelación del JUZGADO de FAMILIA N° 4 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge Pascuarelli dijo:

I. Llegan a estudio de esta Sala los autos de referencia, debido al recurso de apelación deducido por los actores a fs. 33/36 vta. contra la resolución de fs. 30 y vta., por la cual se declara inadmisible la acción, abstracto el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad formulado y se rechaza el pedido cautelar de los mismos.

Dicen que la A-quo no consideró en primer lugar el interés superior del niño, máxime cuando al momento de la interposición de la demanda no tenían conocimiento del momento exacto en que debían entregarlo a los pretensos adoptantes.

Alegan que debió ponderarse la situación de hecho del menor. Citan doctrina y jurisprudencia en relación al interés superior del niño y manifiestan que en todo caso debió articularse una desvinculación paulatina o, en el mejor de los casos, ampliar la familia y permitirles ser parte de su vida aunque no viva con ellos.

Luego, se remiten a las actuaciones caratuladas "P.G.L. y B.A. s/ Protección de Persona", Expte. N° 8715 y señalan que de las mismas surge que el menor fue recibido por esa familia con sólo tres meses de edad, siendo su proceso de revinculación con la familia de origen muy corto atento el manifiesto fracaso de las entrevistas.

Reeditan el relato efectuado en la demanda en cuanto a la situación de hecho y resaltan la necesidad de realizar un procedimiento evaluado, progresivo, en tanto se trata de cambios en la vida de un menor.

Peticionan que atento los hechos relatados, la especialidad del caso y las consecuencias negativas que implica el paso del tiempo, se fije una audiencia multidisciplinaria, a los fines de que el vínculo que se vio intempestivamente cortado pueda ser restablecido y así puedan continuar siendo parte de la vida de T.

A fs. 38 contesta el traslado del recurso y toma intervención la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente N° 2, comparte los términos de lo resuelto y considera que el recurso resulta desierto por no cumplir con lo previsto en el art. 265 del C.P.C. y C.

A fs. 41 se remiten los autos a la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente N° 1 en carácter de Ministerio Pupilar de Alzada. A fs. 43 y 45 toma intervención y reitera el dictamen anterior.

II. Para el tratamiento del presente recurso debe partirse de considerar la función específica de los tribunales de familia y la especialización en la materia regulada por la ley 2.302 (art. 45) y efectuarse el análisis del recurso, con la limitación establecida a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.) y que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277).

Luego, es necesario señalar que la recurrente no rebate lo expuesto por la Sentenciante en cuanto a que las limitaciones de los solicitantes para asumir la guarda preadoptiva del niño, no sólo vienen dadas por las exigencias de los arts. 600 inc. b) y 613 cuya inconstitucionalidad plantea, sino fundamentalmente por la función de familia solidaria que han asumido con relación al pequeño (cfr. fs. 30).

Asimismo, cabe destacar que los apelantes no se agravian concretamente por la desestimación del planteo de inconstitucionalidad.

Tampoco critican la resolución impugnada en cuanto expresa que: "[…] cabe señalar que desde el mismo momento en que el niño fue puesto a su cuidado se explicó claramente el alcance de la custodia que se les confiaba, y fundamentalmente de su provisoriedad, a punto tal que toda la intervención desplegada por parte de los equipos técnicos del Ministerio de Desarrollo Social se orientó a intentar la revinculación con la progenitora biológica y fracasada la misma a procurar resolver en definitiva la situación jurídica del niño brindándole una familia adoptiva", (fs. 30 y vta.).

En consecuencia, a partir de lo expuesto, el memorial del recurrente no contiene una crítica concreta y razonada, conforme exige el art. 265 del C.P.C. y C. y manifiesta la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente al tomar intervención.

Sin perjuicio de lo expuesto, el recurso también resulta improcedente porque, como señala la Sra. Jueza, los actores recibieron al niño "para su cuidado en el marco del acogimiento familiar", conforme lo dispuesto por los artículos 32 de la Ley Provincial y el art. 34 del Decreto Reglamentario (fs. 4) y no se encuentran inscriptos en el Registro de Adoptantes (fs. 24 vta), lo que obsta al progreso de la presente acción.

Al respecto, es importante señalar que "el Estado a través de programas –que han recibido distintas denominaciones como el de familias alternativas o sustitutas, familia de cuidados transitorios, etc- asignan recursos económicos y prestaciones de profesionales, en vista al preciso y especial objetivo de protección impuesto por la ley, mas en tal actividad los terceros no asumen rol, compromiso o responsabilidad alguna que exceda al de la tenencia que detentan" (Sala III, en autos "P. J. F. Y M. D. L. A. S/ SITUACION", EXP Nº 8689/0).

Y en este sentido comparto lo expuesto por la Sra. Jueza en cuanto a que: "La intervención desplegada en derredor del pequeño fue dada en un contexto temporal hasta tanto se consiguiera su revinculación con su familia biológica, aspecto que distingue esta figura de la adopción, que es de carácter permanente e irrevocable" (fs. 30 vta.).

A partir de lo expuesto, atento que la resolución que declara en estado de adoptabilidad al niño A.T.P.G. se encuentra firme y ha pasado en autoridad de cosa juzgada (fs. 30), corresponde desestimar el recurso de los apelantes.

Luego, en punto a la petición de audiencia en esta etapa, debido a la finalidad de la misma, expuesta a fs. 35 vta./36, y las consideraciones expresadas precedentemente, resulta improcedente. Ello, sin perjuicio de las medidas que corresponda adoptar en el expediente correspondiente.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por los actores a fs. 33/36 y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 30 y vta. en todo lo que fue materia de recursos y agravios.

Tal mi voto

La Dra. Cecilia Pamphile dijo:

1. P.N y L.C. plantean ante esta Cámara que tienen el anhelo que T. pueda desarrollarse y ser feliz junto a una familia. Exponen, con claridad, que lo único que los motivó a solicitar la guarda con fines de adopción, más allá del sentido de pertenencia y la fortaleza del vínculo que generó el tiempo transcurrido, es su bienestar y la conciencia de que, con su amor, probablemente le han salvado la vida.

Aclaran que se agravian de la forma en que se ha evaluado su función en este proceso y con ello, en la vida del menor. Explican que como familia de acogimiento, fueron parte de su vida, sus momentos, su pasado y lo serán siempre.

En este entendimiento, creen que no se ha ponderado debidamente el interés del niño, desde lo cual sostienen que hubiera sido mejor evaluar anticipadamente la conveniencia de separar a T. de su familia, debiendo mínimamente articularse una desvinculación paulatina o, en el mejor de los casos, ampliar la familia, siendo parte de su vida para siempre, aunque no conviviera con ellos.

Plantean que tienen derecho a que T. recuerde y conozca esta parte de su vida, que sepa que le dieron todo su amor desinteresadamente y que sepa que él también les enseñó que puede superarse cualquier obstáculo, porque es un luchador y ha logrado inmensos progresos.

Y así, en concreto, requieren que dispongamos la realización de una audiencia multidisciplinaria, a partir de la cual se evalúe el modo de llevar adelante el proceso. Ello, a fin de posibilitar la inclusión de T. en otra familia, contemplando

sus emociones, rutinas y apego: "Es que las partes pretendemos que ese vínculo que se vio intempestivamente cortado pueda ser reestablecido, y de esta forma a quienes T. vio como su única familia, de alguna manera, continuemos siendo parte de su vida ya que en definitiva formamos parte de su historia".

2. Hemos reflexionado sobre estos planteos y los pedidos que ellos encierran y entendemos la delicada y angustiosa situación que traducen.

Sin embargo, tampoco podemos dejar de señalar que lo aquí y ahora planteado, es distinto en sus alcances a los pedidos formulados ante la Sra. Jueza.

En este sentido, la respuesta dada a la pretensión deducida, en la instancia de origen, es correcta, tal como lo indica mi colega.

Es que, no puede desconocerse que el acogimiento familiar, aún cuando sea la medida de protección más idónea (porque tiene como objeto que los niños, niñas y adolescentes que no puedan vivir con sus padres, lo hagan con un núcleo familiar que les permita la restitución, el disfrute, el goce y ejercicio de su derecho a vivir en una familia y les provea los cuidados necesarios para su desarrollo) se dispone de manera excepcional y temporal, hasta que se adopte una decisión en definitiva.

Desde esta perspectiva, la respuesta dada por la magistrada no es irrazonable.

En este mismo orden y en atención a la concreta pretensión que se dedujera en la instancia de origen, las críticas que aquí se exponen –como también indica el Dr. Pascuarelli- son insuficientes. Y aquí tampoco puedo dejar de reafirmar que ninguna queja deducen en cuanto al carácter firme de la resolución que, en definitiva, intentan cuestionar en este otro proceso.

3. En este contexto, también debo coincidir con mi colega en cuanto a la improcedencia de establecer ante esta Alzada la actuación interdisciplinaria que se pretende, desplazándose la intervención de la Jueza de origen "sin perjuicio de las medidas que corresponda adoptar en el expediente correspondiente".

Es que no se desconoce que, como indicara la Corte IDH en la causa "Fornerón", "la importancia de hacer conocer a M. la verdad sobre su origen, (...) debe incluir lo ocurrido con el proceso de guarda y adopción y los esfuerzos y la búsqueda de su padre biológico de ser reconocido como tal y recuperarla para sí y para su familia".

Traídos a este caso, los conceptos son extensibles también al rol de quienes integraran la familia que lo cobijara, en el contexto de la protección cautelar dispuesta.

Porque, en definitiva: "Los niños, niñas y adolescentes que han sido separados de sus padres tienen el derecho a conocer y mantener relación con su propia historia personal y familiar, y el respeto por sus antecedentes culturales y sociales. Ello supone que las personas que se propongan para ejercer la función parental en forma adoptiva deben poder respetar en particular el conflicto de lealtad que pudiera surgir con sus padres provocados por la separación, derecho a mantener contacto con otras personas importantes para él (a menudo, los niños sufren nuevas rupturas afectivas al alejarlos en forma definitiva de los adultos que los cuidaron en un hogar de tránsito) y sus tiempos de procesar todas estas cuestiones. La reiteración de separaciones de figuras de apego podrá redundar negativamente en su vida de relación futura afectando los lazos afectivos que de allí en más pueda establecer…" (cfr. Doctrina del día: algunas apreciaciones sobre la intervención actual en la población infantil vulnerable y los tiempos propuestos por el proyecto de reforma del Código Civil, Por Ana I. Ventura y Alejandro J. Siderio en Revista de Derecho de Familia de Abeledo Perrot, publicado el 18 octubre, 2012 por THOMSON REUTERS).

Pero todo ello, insistimos, deberá ser planteado ante la Sra. Jueza que interviene en el expediente correspondiente y, en su contexto.

Con estas consideraciones, adhiero al voto del Dr. Pascuarelli. MI VOTO.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por los actores a fs. 33/36 y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 30 y vta. en todo cuanto fue materia de recursos y agravios.

2. Sin costas de Alzada.

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.
Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE
Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"PARADA MABEL IRIS C/ COOPERATIVA DE SERVICIOS PUBLICOS PLOTTIER LTDA S/ INCIDENTE DE APELACIÓN DE MEDIDA CAUTELAR" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 1750/2015) – Interlocutoria: 488/15 – Fecha: 22/12/2015

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

MEDIDA CAUTELAR ANTICIPATORIA. IMPROCEDENCIA. SENTENCIA. FUNDAMENTACION. INEXISTENCIA DE PREJUZGAMIENTO.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de diciembre de 2015
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados "PARADA MABEL IRIS C/ COOPERATIVA DE SERVICIOS PUBLICOS PLOTTIER LTDA S/ INCIDENTE DE APELACIÓN DE MEDIDA CAUTELAR" (INC N° 1750/2015) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO 1 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:
I. Vienen estos autos a consideración de la Sala para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la resolución por la cual el Sr. Juez de Primera Instancia hace lugar a la medida cautelar innovativa peticionada por la Sra. Parada y, en consecuencia, ordena que se la restablezca en sus funciones y se garantice su ocupación efectiva, en sus tareas habituales como jefa del área comercial de la Cooperativa demandada, abonándose salarios caídos y a devengar, para el cargo de jefa del área comercial de esa Cooperativa, hasta tanto se resuelva en definitiva la presente acción.
2. Ahora bien, al apelar, el demandado requiere que se revoque la resolución a fin de que se le permita ejercer el derecho de organización y dirección de la empresa. Dice que la actora no ha sido despedida ni suspendida, no habiéndose tampoco variado las condiciones esenciales del contrato de trabajo y, mucho menos, vulnerado la tutela sindical.
Se queja de que no se haya tenido en cuenta que la cautelar pretendida coincide con el objeto principal, con lo cual estamos frente a una medida anticipatoria de carácter satisfactivo.
En base a ello, indica que debió sustanciarse previamente, para garantizar su derecho de defensa, indicando, además, que la actora no ha podido acreditar la irrazonabilidad de la conducta de su parte con las escasas pruebas ofrecidas.
Dice que la empleada no ha sido suspendida ni cesanteada y que la designación como Jefa del Área de Recursos Humanos no modifica las condiciones esenciales del contrato, ya que no cuenta con conocimientos y/o títulos técnicos que la habiliten especialmente a desarrollar tareas en el área comercial. Que es una empleada administrativa

y que, por lo tanto, su designación como Jefa de Recursos Humanos no puede señalarse como una agresión a la tutela sindical.

Que, justamente, la sustanciación del pedido permitirá aportar mayores elementos.

En segundo lugar, se agravia de la falta de fundamentación del decisorio en tanto, dice, el magistrado no ha indicado de que modo se concretan los requisitos para el dictado de la medida. Que no hay urgencia, en tanto no ha sido privada de su trabajo, sino que ha sido reasignada a otro puesto. Agrega que estas medidas sólo pueden dictarse cuando media una probabilidad cercana a la certeza, lo que no acontece en autos. Que la nueva función asignada tiene que ver con la trayectoria de la actora y no afecta la tutela sindical y que tiene la misma categoría e igual sueldo, se ejerce en el mismo domicilio y horario, por lo cual no existen elementos en base a los cuales aquella pueda sentirse agraviada.

Por otra parte, indica que la designación invocada no ha sido notificada a su parte y que, además, de la documental acompañada surge que habría sido designada como vocal suplente y no ejerce –salvo los supuestos de reemplazo- por lo cual resulta excesivo que pretenda encuadrarse el trámite en el artículo 47 de la ley sindical. Insiste en que, además, la medida no afecta el ejercicio de funciones sindicales.

Al contestar los agravios, la actora niega que exista identidad con lo pretendido en la acción principal.

Indica que los hechos expuestos en la demanda no fueron controvertidos al apelar la medida (desde donde se produjo la bilateralización). Que con la decisión de la empleadora, su parte quedó en grave situación de abandono, por lo que la cautelar se imponía, para evitar las consecuencias nocivas.

Que no hace falta un conocimiento exhaustivo de la materia de fondo, sino un análisis de mera probabilidad. Que, dada su calidad de autoridad sindical, el demandado no podría haber adoptado tal medida sin realizar previamente el proceso de exclusión.

Insiste en que, dado el carácter cautelar, sólo se requiere la verosimilitud del derecho. Que el magistrado no podría extenderse en consideraciones, puesto que incurriría en prejuzgamiento. Que se ha acreditado el fumus bonis iuris (humo de buen derecho) y que el peligro en la demora está dado por el daño psicológico y emocional, fehacientemente acreditado, el que puede ser evitado con la medida dictada.

Se refiere a la duración del proceso y dice que la falta de respuesta a sus reclamos lo legitima. Insiste en que, a partir de los términos de la apelación, se desprende que el demandado ha reconocido la situación de prepotencia, que el destino estaba ocupado y que en realidad se trató de una exclusión laboral.

3. En primer lugar, y en orden al agravio referido a la falta de fundamentación de la resolución en crisis, reitero la importancia que tiene la motivación de las resoluciones judiciales, ya sea que se trate de decisiones provisionales o definitivas: los jueces debemos explicitar con claridad cuales son las razones de derecho y de hecho, en virtud de las cuales hacemos lugar o rechazamos la pretensiones deducidas en juicio.

Insisto en que la motivación, la justificación de las decisiones, se presenta como un fundamento que hace a la legitimidad de los jueces: las razones públicas, jurídicamente aceptables, son las que nos demuestran que las decisiones se encuentran dentro del marco jurídico, las hacen jurídicas y legitiman al Poder Judicial.

Pero, además, el exponer las razones coadyuva a la corrección de la decisión: los argumentos bien formulados posibilitan que el Juez realice un autocontrol que le permita probar la solidez de las soluciones y, a su vez, quienes integramos la Cámara de Apelaciones, al revisar el pronunciamiento, tendremos mejores posibilidades de garantizar la protección jurídica de las partes, así como la protección general, si las decisiones de los tribunales inferiores están correctamente justificadas.

Por todo esto, la justificación de las decisiones judiciales se presenta como una exigencia técnica y como un mecanismo esencial de control y fundamento que hace a la legitimidad de los jueces: esta es, justamente, la trascendencia del mandato constitucional plasmado en el artículo 238 de la Carta Local.

3.1. En el caso traído a resolución, la crisis de este extremo se hace más patente: la solicitud de protección precautoria se perfila como una "cautela innovativa" que tiene una calidad excepcional.

Justamente, esta naturaleza excepcional hace que sobre el solicitante pese la carga de demostrar sumariamente la existencia de los recaudos específicos de procedencia y sobre el magistrado, el deber de que su dictado se encuentre precedido por un análisis detallado y particularmente severo sobre la concurrencia de los requisitos de viabilidad, el que debe ser explicitado.

En este caso, ha faltado la explicitación del examen detallado de los recaudos de procedencia; la exposición de porqué el magistrado entendió que en el caso se encontraban reunidos; de hecho, se limita a afirmar que se han verificado, pero no explica cómo.

Así consigna:

"…analizada la plataforma fáctica con la prudencia que exige su otorgamiento, se advierte que en los presentes se encuentra acreditado prima facie con la documentación acompañada y el relato de los hechos efectuado en la presentación de inicio, la verosimilitud del derecho invocado, teniendo en cuenta que el mismo se encuentra en un estadio intermedio entre la probabilidad y la certeza, el peligro en la demora y la irreparabilidad del daño infringido, sin que se comprometa la opinión de fondo…"

Luego, reencauzada la pretensión por la actora en los términos de los artículos 47, 48 ss. y ccs. de la ley 23.551, el magistrado indica:

"toda vez que la medida dispuesta a fs. 18 y vta. lo fue en los términos del art. 232 del CPCC, aun en el supuesto que ahora invoca el accionante, es decir, la aplicabilidad de los arts. 47 y 52 de la ley de Asociaciones Sindicales nro. 23551, encuentro que la misma ha de sostenerse por resultar acreditados prima facie los recaudos para su procedencia, debiendo estarse en lo demás a lo dispuesto a fs. 18 y vta.

Por lo tanto, tengo por fundada la cautelar en los términos del art. 47 y 52 de la ley 23551 y por ampliada la acción en los términos de dicha normativa".

Nótese, entonces, que luce ausente el análisis detallado y particularmente severo sobre la concurrencia de los requisitos de viabilidad, no habiendo sido explicitado (ni advirtiéndose por otra parte su concurrencia. Sobre esto volveré más adelante).

3.4. No escapan a mi entendimiento los atendibles reparos que presenta la actora en punto al adelanto de opinión o a la tacha de prejuzgamiento: pero nótese que la falta de argumentos y de motivación, no hacen que el magistrado escape a esta crítica y siempre es preferible y esperable que las razones se expongan.

Por lo demás, no entiendo que exista prejuzgamiento o, en todo caso, es un dilema que sin solución aparente, debe inclinarse hacia la prevalencia de la justificación.

Nótese aquí que si la respuesta judicial es debida, debe ser dada y no puede ser tachada de prematura (lo que es el basamento del prejuzgamiento). Y provocada la obligación de la respuesta judicial, ante la concreta petición de tratamiento impostergable, sus términos no pueden ser utilizados para fundar esta causal (de prejuzgamiento).

Es que, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, no es posible que —so pretexto de incurrir en prejuzgamiento— un juez pueda denegar una medida cautelar. Así sostuvo:

"…9. Que, ante tales afirmaciones, la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones —como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa— existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar —mediante esa vía— un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el artículo 5, inciso 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

"10. Que ello resulta así pues es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones —en tanto dure el litigio— sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

““12. Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie —según el grado de verosimilitud— los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado" (cfr. CSJN, "Camacho Acosta c. Grafi Graf SRL y otros").

Y es pertinente aquí traer a colación la observación que se efectúa en la Exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, en tanto reconoce la posibilidad de que "…la decisión sobre las medidas cautelares, antes de la demanda o ya en el seno del proceso, genere algunos prejuicios o impresiones en favor o en contra de la posición de una parte, que puedan influir en la sentencia…" pero, al mismo tiempo considera: "…todos los Jueces y Magistrados están en condiciones de superar impresiones provisionales para ir atendiendo imparcialmente a las sucesivas pretensiones de las partes y para atenerse, en definitiva, a los hechos probados y al Derecho que haya de aplicarse…" (citado por Meroi, Andrea, "IMPARCIALIDAD DEL JUEZ Y MEDIDAS CAUTELARES".

Sirva, entonces, esto de prevención frente a los reparos que la decisión que aquí se adoptará, puedan generar.

4. Ahora bien, la transcripción que efectuara de "Camacho Acosta" permite reafirmar que si bien la anticipación de la tutela es posible, se encuentra reservada a supuestos excepcionales y graves, en los cuales la protección se presente como impostergable.

En este orden y trayendo los conceptos anteriores al caso, entiendo que -dado el carácter restrictivo de la cautela anticipatoria y el máximo celo que debe guardarse en el análisis de procedencia por su carácter excepcional- la pretensión cautelar no puede prosperar.

5. En efecto: la actora funda su pedido originariamente, en el modo arbitrario con el que fue llevado a cabo (alude a circunstancias de prepotencia); indica que se afecta su actividad sindical; dice que se le ha negado ocupación efectiva y que se le ha causado un daño psicológico.

Expone que la bilateralización del pedido se produce a partir de la apelación y que de los términos de los agravios vertidos, surge que el demandado –al no negarlo- ha consentido el relato de los hechos. Concluye en que en el caso no se requiere certeza sino una verosimilitud del derecho, un humo de buen derecho.

Aquí debo hacer dos disquisiciones.

5.1. En primer lugar, destacar que lo afirmado por la actora -en punto al grado de verosimilitud- es correcto en el contexto de las cautelares clásicas; sin embargo no lo es en la especie solicitada y concedida. Aquí se requiere un fuerte grado de verosimilitud, cercana a la certeza: no se está asegurando el resultado sino anticipando lo pretendido (decisión atributiva que satisface, en el plano material, a la tutela).

Es que si bien no puede descartarse en abstracto la procedencia de una medida anticipatoria que importe un adelanto de la tutela judicial, propia del pronunciamiento definitivo, ello será posible siempre y cuando se alegue y se acredite seriamente, que el pronunciamiento de fondo se verá frustrado por el tiempo que irrogue la tramitación del proceso: "…es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones —en tanto dure el litigio— sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.…" (CSJN, causa Camacho Acosta, ya citada).

En esta línea, se ha sostenido que cuando una medida cautelar innovativa concede en todo o en parte el objeto de la pretensión en forma anticipada, antes del dictado de la sentencia definitiva, para su despacho favorable se exige la acreditación del perjuicio o daño grave, inminente, irreparable o de muy difícil reparación que sufrirá el solicitante de la misma si no se la otorga favorablemente, ya que si no se la concede, el daño grave que se le causará al actor no podrá ser reparado, porque cuando se dicte la sentencia de mérito que ponga fin al pleito y ésta quede firme y se haga lugar a la pretensión, llegará tarde y ni siquiera podrá ser sustituida por una indemnización consistente en una suma de dinero, todo lo cual deberá ser suficientemente acreditado por el actor para que el juez despache la misma

("Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa" por Ivana María Airasca, en "Medida Innovativa", Jorge Peyrano Director, Rubinzal Culzoni, Editores. pág. 174).

Y, en este orden, la carga del actor no ha sido cumplida, en tanto no existen elementos en la causa que permitan acreditar la modalidad con la que fue comunicada la medida, la falta de asignación concreta de funciones; los certificados médicos dan cuenta de un trastorno de desadaptación laboral, pero no determina que sea atribuible a un obrar ilegítimo o irrazonable de la empleadora, más allá de que los mismos tampoco han sido reconocidos por la demandada. Por lo demás, tampoco expone de qué modo la medida afectaría sus funciones sindicales, tal como lo alega.

5.2. Y aquí cabe entroncar la situación, con la segunda disquisición que considero necesario efectuar:

De ningún modo, la notificación de la resolución que acuerda la cautelar, puede equipararse en sus efectos, a la sustanciación del pedido y de la documental acompañada, con carácter previo a la resolución. Nótese que no se confirió traslado del planteo cautelar anticipatorio (de los hechos invocados y de la prueba presentada). Esto, unido a la falta de explicitación por parte del magistrado de los hechos y elementos en los cuales basó su decisión y del análisis de cómo entendió reunidos los recaudos, colocarían a la contraria en un estado de indefensión si luego pretendiera hacerse efectivo un apercibimiento que no fue dado. Y desde allí, mal podrían tenerse por acreditados los extremos de procedencia de la reinstalación en el puesto específico de trabajo (Jefatura del Área Comercial).

Es que, en rigor, asiste razón a la apelante en sus consideraciones, en punto a la necesidad del traslado previo (desarrollos que se encuentran conformes a los lineamientos dados por esta Cámara).

Como he señalado en anteriores oportunidades:

"….estimo necesario -frente a las particularidades del caso analizado- compartir una consideración acerca del dictado de las medidas cautelares, sin oír previamente a la contraria (lo que en términos jurídicos se conoce bajo la formulación latina "inaudita pars").

En este caso –al igual que lo observado en otros tantos que han venido en revisión- la medida solicitada es de tipo "innovativo", lo cual supone el otorgamiento de una "tutela anticipada". Y esta naturaleza, necesariamente, en ciertos aspectos –tal la sustanciación- impone un análisis diferente del acordado a las cautelas "tradicionales".

Como es sabido, en tiempos clásicos, la medida cautelar era conceptuada como una tutela accesoria e instrumental. Las resoluciones cautelares, fundadas en términos de probabilidad, tendían a amparar -asegurar o salvaguardar- un resultado útil de eventual contenido en una sentencia de mérito futura.

En esta línea se sostenía que debían de consistir en una forma especial de tutela jurisdiccional en la cual el resguardo anticipado del derecho debía limitarse a una forma de protección menor o diferente de la que se obtendría en la sentencia de mérito, a dictarse sobre una base cierta, al finalizar el pleito.

Tal concepción clásica entonces, se desarrollaba en un estricto marco de "aseguramiento del resultado útil del proceso", siendo ese el eje conceptual de la cautelaridad: Su dictado sólo requería la acreditación del peligro en la demora y la verosimilitud del derecho (humo de buen derecho), con el agregado de la contracautela, como condición de ejecución.

Debe notarse que, en la visión clásica, hay una nota esencial, cual es, que el dictado de la cautelar nada atribuye al requirente (aún cuando las medidas cautelares pudieran "quitar", no otorgaban una atribución correspectiva al requirente de las medidas).

II. 1 En ese esquema, la no sustanciación previa, el no oír a la contraria, se encuentra justificado: si la medida tiene por objeto asegurar el resultado de la sentencia, ante el "peligro" denunciado de la desaparición del objeto sobre el que versa el juicio, o la posibilidad de su frustración –con la consiguiente consecuencia de que la propia medida fuera tardía- alertar de su dictado a la contraria, impone el riesgo de su fracaso.

Ahora, no puede dejar de advertirse que, en esa concepción clásica, las tutelas de corte anticipatorio tenían excepcional acogida, justamente, por exceder el perfil netamente "asegurativo".

II.3. Aún cuando las que hemos denominado "tutelas cautelares clásicas" subsisten, desde la preocupación por la búsqueda de una tutela judicial efectiva, oportuna, realista y económica, se ha propiciado –en criterio quciertamente se comparte- la necesidad de dejar de lado la aplicación dogmática de los principios tradicionales.

Se abandona la posición restrictiva en la concesión de medidas anticipatorios y se perfilan nuevas respuestas, en las que el elemento en común es que existe cierta anticipación -aunque no sea más que parcial- de los efectos de la resolución exhaustiva con efecto de cosa juzgada. Lo que hay –y ésta es la diferencia específica y fundamental con la tutela cautelar clásica- ya no es resguardo de lo eventualmente útil, sino directamente, concesión atributiva, total o parcial, satisfaciendo, en el plano del derecho material, la tutela.

Como recién se señaló, se comparte la procedencia de esta tutela pero, a fin de mantener el equilibrio y igualdad procesal, se entiende que esta mayor y más efectiva protección que se acuerda a una de las partes, a la par, supone la bilateralidad del debate con antelación a su concesión, salvados excepcionales supuestos de exclusión.

Es que, si efectuamos un paralelo entre ambas cautelas, tenemos que en la tutela "clásica", la bilateralidad (esencial a la garantía del debido proceso y defensa en juicio) se encuentra diferida a un estadio posterior a su concesión (tal la posibilidad de apelación por oposición, sustitución, etc.).

Pero tal diferimiento o postergación del debate, sólo constituye una "modalidad" que no es esencial ni definitoria y que, involucrando, como ya dijéramos, la afectación de garantías constitucionales, sólo se justifica, en tanto se presente como ineludible para evitar la frustración de su cumplimiento.

Pero cuando este último extremo no está presente, no sólo que nada obsta a que se ordenen con audiencia de la contraria, sino que además, la efectiva vigencia del debido proceso y de la garantía de defensa en juicio, imponen esta solución, máxime en supuestos como el de autos, en los cuales, como resultado de su dictado se efectúa anticipadamente una concesión atributiva del derecho sustancial discutido en el proceso.

Las consideraciones expuestas, explican por sí y suficientemente cómo, aún en el ámbito de actuación general de las medidas cautelares, para hacer efectivo el mandato constitucional del debido proceso, defensa en juicio e igualdad (en su aplicación específica en el proceso), siempre y cuando no peligre el cumplimiento de la propia medida ordenada, la bilateralidad debe primar antes de la decisión judicial: Aún cuando la audiencia se acote en el plazo de traslado, por la urgencia en la adopción de la medida, si su frustración no está en juego, debe oírse a la contraria antes de su dictado. (Es esta la posición asumida por el TSJ en diversas causas, entre otras, "Sastre")…" (cfr. mi voto en autos "COOP. DE SERVICIOS PUBLICOS PLOTTIER LTDA. S/ INC. DE APELACION" (ICC N° 31788/12). Ver también, de la Sala II "LLANQUIN BRUNO ESTEBAN C/ CASINO MAGIC NEUQUEN S.A. S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. N° 503057/2014), entre tantos otros).

No obstante que entiendo que estas consideraciones exceden la concreta decisión de la causa, considero pertinente efectuarlas en tanto es necesario insistir en que, siempre que sea posible, es regla de corrección de la decisión que, antes de resolver, se oiga a todas las partes involucradas.

6. Tenemos entonces que no se ordenó la sustanciación previa de los hechos alegados y los documentos acompañados, con lo cual la pretensión de la actora de que se tengan por reconocidos, no es procedente. También que la decisión adolece de errores de motivación.

Situados en este esquema, el relato de la actora es insuficiente para tener por acreditados los hechos invocados; la decisión de traslado a otra área es justamente lo que deberá ser valorado al dictar el pronunciamiento de fondo y, en este esquema, no se presenta como de una gravedad tal que no admita la dilación propia de un proceso sumarísimo.

Es que, como también señaláramos en autos "SINDICATO DE EMPLEADOS DE CASINOS DE NEUQUEN Y RIO NEGRO C/ CASINO MAGIC NEUQUEN S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION" (INC N° 1545/2013), en el contexto sumarísimo en que la cuestión debe ser analizada y resuelta, no se advierte que la postergación de la respuesta judicial determine la frustración del derecho o no pueda obtener reparación ulterior.

Indicaba así mi colega Pascuarelli:

"…En efecto, tal como lo ha explicado la más autorizada doctrina, el dictado de una resolución anticipatoria en el marco de un proceso urgente, a diferencia de la pretensión cautelar, requiere la acreditación de la denominada

"urgencia pura" que se configura cuando existe una muy fuerte posibilidad de que el justiciable sufra un daño irreparable si no obtiene una respuesta jurisdiccional inmediata. No se trata de un "periculum in mora" sino "in danni" (conf. Peyrano, Walter en "Procesos cautelares urgentes y tuitivos de la ley" en L.L. 14-5- 09)", (CNTrab., Sala II, 3/03/11, "TORRE JORGE FRANCISCO C/ AUSTRAL LINEAS AEREAS CIELOS DEL SUR S.A. S/ ACCION DE AMPARO", 54.653/2010, 60528"). En autos, tampoco surge patente que la tramitación del proceso sumarísimo pueda ocasionarle un daño adicional o la irreparabilidad por las vías que corresponda, del perjuicio que pudiere ocasionar la tramitación. Ello, considerando "[…] que la celeridad de tal proceso pleno excluiría, en principio, un potencial perjuicio en la demora, (cfr. CNTrab., Sala X, 4135/08, UNION DE TRABAJADORES DE PRENSA DE BUENOS AIRES C/ S.A. LA NACION S/ MEDIDA CAUTELAR, 11/11/08, 15953)…"

7. En conclusión:

a) En el contexto limitado de análisis del presente y en orden a los elementos obrantes en la causa, no surge prima facie que estén acreditados los requisitos para la procedencia de la medida.

b) La brevedad de los plazos establecidos en el proceso sumarísimo para los traslados, el dictado de la sentencia y de otras resoluciones, permite una pronta decisión del tema, lo que lleva a considerar que la excepcionalidad debe ser ponderada con mayor rigor, al reducirse los eventuales perjuicios que el tiempo de tramitación pudiera irrogar.

Propongo, en consecuencia, que se revoque la resolución en el aspecto recurrido, sin que esto implique emitir opinión acerca de la cuestión sustancial que debe ser decidida en la sentencia definitiva. En cuanto a las costas, en atención a la naturaleza de la cuestión planteada, la forma en la que se resuelve, entiendo que el actor debe ser eximido de cargar con las mismas, pese a su carácter de perdidoso (art. 68, segunda parte del C.P.C.C.). MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto

SE RESUELVE:

1.- Revocar la resolución de fs. 18 y vta. en el aspecto recurrido, sin que esto implique emitir opinión acerca de la cuestión sustancial que debe ser decidida en la sentencia definitiva.

2.- Con costas de Alzada en el orden causado en atención a la naturaleza de la cuestión planteada y la forma en la que se resuelve (art. 68, segunda parte del C.P.C.C.).

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"NIETO LUIS RAMON S/ SUCESION AB-INTESTATO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 505793/2014) – Interlocutoria: 497/15 - Fecha: 29/12/2015

DERECHO CIVIL: Proceso sucesorio.

PROCEDIMIENTO SUCESORIO. DECLARATORIA DE HEREDEROS. ALCANCE. HEREDERO DENUNCIADO NO PRESENTADO A ESTAR A DERECHO. EXCLUSIÓN.

Debe excluirse de la declaratoria de herederos al heredero denunciado que no se presentó a estar a derecho.

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de diciembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "NIETO LUIS RAMON S/ SUCESION AB-INTESTATO" (EXP N° 505793/2014) venidos en apelación del JUZGADO de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo: 1. Los recurrentes se agravian del alcance con el cual la Sra. Magistrada dicta la declaratoria de herederos.

Sostienen que, al no haberse presentado a estar a derecho el denunciado heredero, no corresponde que sea incluido en la declaratoria.

2. Así planteada la cuestión, desde ya debo señalar que asiste razón a las recurrentes.

En efecto: "…La declaratoria de herederos es la resolución judicial mediante la cual se reconoce el carácter de heredero emergente de la ley o, en su caso, admitida por los restantes coherederos, cuando se dan las condiciones del art. 729 CPCC. Dicha resolución se limita a verificar formalmente la calidad hereditaria por lo que la misma no causa estado ni adquiere eficacia de cosa juzgada, pues no configura sentencia que ponga fin a una controversia entre partes, razón por la cual no se descarta la posibilidad de que, con posterioridad a su dictado, se incluyan nuevos herederos o se excluyan los que ella ya menciona.

A su vez, dicha resolución sólo puede dictarse a favor de quienes se hubiesen presentado oportunamente en el proceso acreditando el vínculo adecuadamente y su consecuente vocación hereditaria, debiendo por lo tanto -como hizo en el caso el inferior- excluir aquellos que en ningún momento expresaron su voluntad de ser considerados como herederos, pues los jueces no pueden suplir de oficio la inactividad de los interesados (cfr. Palacio, "Derecho Procesal Civil" t IX -3ª edición actualizada por Carlos E. Camps-, parágrafo nº 1599, AbeledoPerrot 2011 y cita jurisprudencial de nota 49; Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, Dir: Lopez Mesa; T V, ps. 526/7 y 529).

En igual sentido y en consonancia con la unánime jurisprudencia nacional, se ha pronunciado nuestra jurisprudencia local, sosteniendo que la aceptación de la herencia pura y simple puede ser expresa o tácita, de modo tal que no corresponde incluir en la declaratoria de herederos sino a los titulares de la vocación que, además de justificar el vínculo, hayan aceptado la herencia. De allí que el juez no puede suplir de oficio la voluntad de las partes, toda vez que la aceptación de la herencia no sólo importa adquirir derechos, sino también contraer obligaciones (Cám. Segunda Paraná, Sala II "LopezAngel Custodio s/ Sucesorio" (Nº 5855), 21/10/2008 y sus citas)…." (cfr. Cámara 3a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala II, Maydana, Leonardo s/ sucesorios 28/12/2012, Publicado en: La Ley Online Cita on line: AR/JUR/72611/2012).

Las consideraciones precedentes, que se comparten, son plenamente aplicables al caso traído a resolución y dan respuesta favorable al planteo recursivo efectuado.

En consecuencia, corresponde revocar el auto atacado, debiendo excluirse de la declaratoria al Sr. Ramón Gustavo Nieto, toda vez que, conforme la misma magistrada pondera, no se ha presentado a estar a derecho. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome en idéntico sentido.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Revocar la resolución de fs. 62 y vta., debiendo excluirse de la declaratoria al Sr. Ramón Gustavo NIETO, toda vez que no se ha presentado a estar a derecho

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"S. PETR. GAS. P. R. NEG. NQN Y L. PAM C/ FED. ARG. SIND. PETR. GAS. BIOCOMB. S/ POSESION VEINTEAÑAL" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 377573/2008) – Sentencia: 242/15 – Fecha: 29/12/2015

DERECHO REALES: Dominio.

PRESCRIPCION ADQUISITIVA. COMODATO. INTERVERSION DEL TITULO. DISIDENCIA.

1.- Cabe confirmar la sentencia que rechaza la demanda de usucapión, toda vez que el actor, en su condición de Sindicato de primer grado, pretende usucapir un inmueble cuyo titular registral es una Federación Sindical de segundo grado, a la cual el primero estaba adherido, desde su constitución hasta el año 2008, en que procedió a su desafiliación (esos datos fácticos no fueron contradichos por el actor en su presentación recursiva). [...] Tal singular vinculación de orden sindical, sumada a la prueba informativa relativa al modo en que distintos Sindicatos de Petróleo y Gas del interior del país tuvieron acceso al inmueble en que ejercen su actividad (mediante un comodato otorgado a su favor por la Federación, ...) y la testimonial del Sr. L. (...), torna plausible la modalidad alegada por la accionada en su contestación de demanda, cuando sostiene que ante los requerimientos de las organizaciones sindicales de primer grado que ella nuclea, la Federación entrega los inmuebles en comodato a sus asociados a fin de que fijen su sede social y desarrollen sus actividades propias. (Del voto de la Dra. PAMPHILE, en mayoría).

2.- En cuanto a la queja –esgrimida por el usucapiente- relativa al tratamiento que la jueza realiza en orden a la interversión del título, estimo que tal abordaje respondió al vínculo que la sentenciante entendió existente entre las partes (comodato). Ello así, puesto que en esta materia rige, como se sabe, la inmutabilidad de la causa de la relación real, lo cual no excluye que pueda operarse la interversión del título, pero siempre que medien actos de entidad suficiente para mutar la causa de la posesión. (Del voto de la Dra. PAMPHILE, en mayoría).

3.- ... corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el usucapiente y en consecuencia hacer lugar a la demanda por prescripción adquisitiva. Ello es así, pues, entiendo que resultan acreditados los dichos de la actora en punto a que comenzó la posesión en 1971 y se cumplió el plazo de prescripción adquisitiva en 1991.

Y en relación con las defensas de la demandada, considero que los hechos que la sustentan no resultan acreditados de las constancias de autos. [...] Es que la escritura (...) tiene fecha del 14/12/1973 y consta que la Federación manifestó que se encuentra en posesión del inmueble pero del boleto de compraventa (...), de fecha 17/10/1973 surge que en ese acto se otorgó la posesión y no en 1971, como expresó la demandada en su contestación. (Del voto del Dr. PASCUARELLI, en disidencia).

4.- (...) tampoco se encuentra ningún elemento probatorio que genere la convicción suficiente respecto al comodato y sus términos, por cuanto los informes de los otros sindicatos se refieren a sus casos particulares, no al de autos, y resultan insuficientes por sí solos para inferirse que esa práctica hubiere sido la misma en el presente. Entonces, a partir de considerar que no se encuentra acreditada la posesión anterior a 1973 y el comodato alegados por la demandada, no corresponde considerar la interversión de la causa de la posesión (cfr. art. 2353 del C.C.). Los fundamentos expuestos anteriormente generan la convicción necesaria respecto a la posesión a título de dueño que en forma pacífica e ininterrumpida ejerció la actora por más de veinte años sobre el inmueble, por lo cual resulta procedente la prescripción adquisitiva. (Del voto del Dr. PASCUARELLI, en disidecia).

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de diciembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "S.PETR. GAS. P. R. NEG. NQN Y L. PAM C/ FED. ARG. SIND. PETR. GAS. BIOCOMB. S/ POSESION VEINTEAÑAL" (EXP N° 377573/2008) venidos en apelación del JUZGADO de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 5 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- La jueza de Primera Instancia rechaza la demanda de prescripción adquisitiva interpuesta por el Sindicato actor y le impone las costas del juicio.

Este pronunciamiento es recurrido por el perdidoso, en los términos que surgen del escrito de hojas 1617/1630.

Plantea que se han quebrantado las formas esenciales prescriptas para dictar una sentencia ajustada a derecho, incurriendo en arbitrariedad en la valoración y apreciación de la prueba y en un análisis parcializado de las constancias conducentes para la decisión del litigio.

Indica que desde su fundación y constitución como organización gremial en 1971, el Sindicato de Petróleo y Gas Privado de Río Negro y Neuquén tiene posesión efectiva y con ánimus domini del inmueble que pretende usucapir.

Agrega que se ha reafirmado que todos los costos y erogaciones que impulsaron económicamente el desarrollo y readecuación del espacio físico destinado a elegir su sede social en el inmueble ha sido producto directo y exclusivo de las contribuciones sindicales aportadas por sus afiliados.

En cuanto a la existencia de actos posesorios, indica que se hallan ampliamente acreditados con una calificada prueba que da cuenta de la realización a su cargo y costo de importantes obras y mejoras sobre el inmueble, comportándose durante más de cuarenta años como si fuesen dueños de aquél. A este respecto, trae a colación los informes del consultor técnico y del perito arquitecto, el informe de tasación del inmueble, el plano de relevamiento, etc.

Cuestiona, a continuación, la valoración del testimonio del Sr. Lagos, cuya declaración estima sobredimensionada. Por el contrario, entiende que el sentenciante tuvo nula consideración respecto de las declaraciones de los testigos ofrecidos por su parte, de los que surge inequívoca y concordantemente que el demandante poseyó, categóricamente y en forma incontrastable, el inmueble objeto de usucapión desde la década de los años 70.

Esgrime que, sin haber traído prueba que así lo corroborara, el juez otorgó a la mera afirmación del demandado -por la cual éste entiende haber comenzado a poseer el inmueble objeto de autos desde 1971- un grado de supuesta seriedad.

Alega que ninguna prueba ha realizado la demandada para demostrar la existencia del supuesto comodato por ella alegado. Solo ha referido a otras supuestas cesiones de otros supuestos inmuebles de distintas provincias, de los que no se tiene constancia alguna. Sostiene que dar por sentada la formalización de un comodato por presumir que con otras entidades de otras provincias se hubiese obrado de dicha forma, no solo es irrazonable sino que también viola el principio de autonomía de la voluntad.

Luego de reiterar las valiosas mejoras realizadas con el esfuerzo monetario asumido por los afiliados, sostiene que a un mero tenedor no se le permite la ejecución de tamaña evergadura: la edificación de dos plantas destinadas a asistir a los afiliados.

Refiere que se ha extralimitado la potestad jurisdiccional al dar como válida una interpretación que jamás se desprendió de la contestación de demanda, esto es, que las mejoras sobre el predio representen solo actos conservatorios.

Aduce que a lo largo de cuarenta años existió pasividad por parte de la accionada, quien fue indiferente hacia el destino y finalidad del lote.

Seguidamente cuestiona que el resolutorio le exigiera probar la interversión del título, cuando la demanda no se fundó en ella, sino en la posesión desde 1971.

Corrido el traslado de ley, la contraria contesta en hojas 1632/1637 vta.

Solicita el rechazo del remedio.

2.- A mi criterio, el recurso no puede prosperar.

El presente caso contiene una particularidad que lo distingue y que necesariamente incide en el análisis de los aspectos controvertidos: el actor, en su condición de Sindicato de primer grado, pretende usucapir un inmueble cuyo titular registral es una Federación Sindical de segundo grado, a la cual el primero estaba adherido, desde su constitución hasta el año 2008, en que procedió a su desafiliación (esos datos fácticos no fueron contradichos por el actor en su presentación recursiva).

Esta particular relación que unía a las partes, no es un dato menor, puesto que el Sindicato alega en esta causa poseer con ánimo de dueño desde el año 1971, un inmueble cuya titularidad dominial corresponde, como he dicho, a una entidad que agrupa a distintos Sindicatos Petroleros, entre ellos, y al menos hasta el año 2008, al actor (como miembro federado).

Tal singular vinculación de orden sindical, sumada a la prueba informativa relativa al modo en que distintos Sindicatos de Petróleo y Gas del interior del país tuvieron acceso al inmueble en que ejercen su actividad (mediante un comodato otorgado a su favor por la Federación, ver hojas 1079/1096 y 1102) y la testimonial del Sr. Lagos (hojas 1122/3), torna plausible la modalidad alegada por la accionada en su contestación de demanda, cuando sostiene que ante los requerimientos de las organizaciones sindicales de primer grado que ella nuclea, la Federación entrega los inmuebles en comodato a sus asociados a fin de que fijen su sede social y desarrollen sus actividades propias.

Desde este vértice, la alegada pasividad de la accionada frente a las obras de infraestructura y mejoras que invoca la accionante no puede interpretarse directamente como un mero desinterés por el inmueble: la demandada ha alegado en esta causa que su "inacción" tiene como fundamento no perturbar el uso cedido a uno de sus miembros federados con el objeto de procurar las mejores condiciones para los trabajadores, argumento que se condice con el carácter de comodante alegado.

No encuentro que la valoración de la magistrada en ese aspecto resulte irrazonable o afecte el principio de autonomía de la voluntad, como alega el recurrente, dado que se trata de apreciar de que modo comienza la ocupación o relación material con la cosa en función de los elementos de prueba arrimados a autos, que –como se ha visto- corroboran el supuesto fáctico invocado como defensa.

Nótese, por otra parte, que pese a alegar una posesión ejercida durante más de 37 años, la demanda de usucapión se insta –coincidentemente- unos meses después que el Sindicato actor procede a desafiliarse de la Federación accionada.

Tampoco se halla acreditado en autos que la actora comenzara a poseer en el año 1971, como invoca en su demanda. La referencia que a dicho respecto realizan los testigos es sumamente imprecisa y el pago de los impuestos que se alega, tampoco se remonta a esa fecha (hojas 1162/1467).

Así, si bien Lohormann dijo haber trabajado durante 16 años en el Sindicato, aclaró que cuando ingresó –sin especificar fecha- ya se habían hecho reformas en la propiedad y que lo que sabe es a raíz del tiempo que trabajó y de lo que le han contado (hojas 895/896 vta). Martinez y Sanpietro tampoco aclaran desde cuando trabajan en el Sindicato ni como saben de la antigüedad de la posesión que alegan (hojas 897/898).

Tanto el vínculo intersindical (en función del grado) de las entidades litigantes, como la modalidad en cuanto a entrega de los bienes inmuebles pertenecientes a la Federación, y la insuficiencia de prueba respecto a la antigüedad de la posesión invocada, fueron valorados por la magistrada a los fines de analizar el contexto en que se sucedieron los hechos, sin que los agravios expuestos por el apelante logren controvertir el razonamiento seguido en la anterior instancia.

Y si bien coincido con el apelante en punto a que las mejoras realizadas en el predio exceden las meramente conservatorias, estimo que éstas, en el especial contexto de autos, no prueban por sí solas el carácter de la ocupación; sumado a que debe disociarse la prueba de la posesión con una eventual compensación por mejoras, aspecto ajeno al objeto de autos y a la pretensión concretamente deducida.

En cuanto a la queja relativa al tratamiento que la jueza realiza en orden a la interversión del título, estimo que tal abordaje respondió al vínculo que la sentenciante entendió existente entre las partes (comodato). Ello así, puesto que en esta materia rige, como se sabe, la inmutabilidad de la causa de la relación real, lo cual no excluye que pueda operarse la interversión del título, pero siempre que medien actos de entidad suficiente para mutar la causa de la posesión.

Actos que, en este caso, la magistrada consideró que sólo pueden evaluarse temporalmente a partir de la desafiliación del actor a la Federación accionada, sin que –reitero- la apelación contenga argumentos serios y convincentes que lleven a modificar lo decidido.

En el contexto del vínculo intersindical existente, la actora ninguna explicación ensaya al origen de su pretendida posesión, es decir, en qué contexto distinto al uso permitido como integrante de la Federación, ingresó al inmueble.

Y aquí, debo mencionar que constituye una imposición procesal, derivada del principio clare loqui, que alcanza a todos los sujetos intervinientes en el proceso, y por el cual los argumentos a utilizar deben ser claros, evidentes y explícitos, debiendo expresarse de modo tal de no generar equívocos.

En este sentido y con abundantes citas doctrinales, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (Auto Interlocutorio n°131, en expte. "T", 14/09, de la Sala Civil y Comercial, 05/05/11) ha expresado: "…a los fines de alcanzar una realización ideal del espacio argumental en el proceso, ineludiblemente se requiere que todos sus protagonistas respeten lo que –desde la doctrina- ha dado en llamar "principio clare loqui", o "Principio del Favor Argumentativo Prima Facie"… "La aludida regla argumental encuentra en nuestro ordenamiento adjetivo expresa consagración, ya que determinadas coyunturas procedimentales reclaman a las partes –de manera positiva- que se expresen con particular claridad, es decir, que se hable claro (clare loqui); y en el supuesto de no hacerlo, quedará el litigante respectivo sumido en el riesgo de soportar una situación procesal desventajosa (conf. PEYRANO, Jorge W., "Del 'clare loqui' (hablar claro) en materia procesal", LA LEY, 1992-B, 1159). Por caso, la carga de demandar en términos claros (art. 175 inc. 4 CPCC, al igual que el art. 330 inc. 3 del CPCC Nacional), o de contestar la postulación en iguales

condiciones (art. 192 CPCC). De allí que se le asigne a la regla bajo la lupa, la naturaleza de "carga procesal" desde el prisma de los litigantes…".

3. No debe olvidarse que en los juicios de usucapión la prueba rendida debe reunir condiciones de exactitud, claridad y precisión, y la magistratura debe analizarla con estrictez, atento los valores involucrados y las consecuencias que se derivan cuando se acoge la demanda.

En los juicios de adquisición del dominio por usucapión deben analizarse los elementos aportados con suma prudencia y sólo acceder a la petición cuando los extremos acreditados lleven absoluta certeza al Juzgador sobre los hechos afirmados, ya que están en juego poderosas razones de orden público, pues se trata de un modo excepcional de adquirir el dominio que, correlativamente, apareja la extinción para su anterior titular en virtud del principio de exclusividad de este derecho real sentado por el art. 2508 del Cód. Civil" (cfr. CNAC, Sala H, LL 2007-C, 228 con voto de la Dra. Areán; CNCivil, Sala F, 28-11-80, ED 93-353; íd. Sala D 15-11-77, LA LEY, 1978-A, 520; íd. íd. 4-4-84, Rep. LA LEY, XLIV-1609; íd. íd. 4-5-84, ED 111-540; íd. Sala A 10-3-76, LA LEY, 1976-C, 381; CNFederal Civil y Comercial, Sala I, 30-6-89 LA LEY, 1990-A-58; CApel. CC Moron, Sala II, 26-6-84, ED 114-694; CApel. CC Santa Fe, Sala I, 22-11-79, Juris, 61-132, entre tantos otros. En idéntico sentido, Sala II de esta Cámara, exptes. 347782/07, 239279/0, entre otros).

Como sostiene la Corte Suprema de la Nación, dado el carácter excepcional que reviste la adquisición del dominio por el medio previsto en el art. 2524, inc. 7°, del Código Civil (art. 4015 de aquél), la realización de los actos comprendidos en el art. 2373 de dicho cuerpo legal y el constante ejercicio de esa posesión deben haber tenido lugar de manera insospechable, clara y convincente (Fallos: 300:651; 308:1699 y 316:2297), lo cual no puede inferirse de pruebas insuficientes (Fallos: 311: 2842). Es decir: no basta con que se acredite un relativo desinterés por el inmueble por parte del demandado, sino que es necesaria la cabal demostración de los actos posesorios efectuados por quien pretende usucapir y que sean lo suficientemente idóneos como para poner al propietario, que debe haber tenido conocimiento de ellos, en el trance de hacer valer por la vía que corresponda, los derechos que le han sido desconocidos (fallos 326:2048) (cfr. esta Sala, en EXP N° 309591/2004, 427695/10, 369341/8, entre otros).

Cabe por último referir que, en sentido concordante al aquí propuesto, y tal como alega la accionada en su responde, la Sala II de esta Cámara ha resuelto un caso suscitado entre las mismas partes, aunque en relación a distinto inmueble, señalando: "...en ese contexto fáctico, surge que la actora no pretendió poseer cualquier inmueble, sino justamente el que figura inscripto registralmente a nombre de la Federación demandada, desde el año 1977 (conforme documental obrante a fs. 886/892 y vta.), cobrando sentido la afirmación de la demandada en cuanto sostiene que cedió en comodato los inmuebles al Sindicato actor, por la relación sindical que los unía, tal como era la modalidad de la federación, respecto de los sindicatos que se iban adhiriendo, afirmación que se encuentra corroborada por los informes respondidos por los sindicatos de Campana (Pcia. de Bs. As., a fs. 1025), Bahía Blanca (Pcia. Bs.As., a fs. 1026), Jujuy y Salta (a fs. 1027), Entre Ríos (a fs. 1028), Capital Federal (fs. 1029), Tucumán (a fs. 1030), y Santa Fe Sur (a fs. 1031/1032).

En función de lo señalado, considero que está acreditado que la relación que unió a las partes fue un comodato, con lo cual, es necesario intervertir el título con posterioridad a la desafiliación del Sindicato actor. Sin embargo ello no es posible, porque tal hecho, ocurre en el año 2008, conforme dichos de Pereyra al momento de absolver posiciones (véase posición segunda), "Sí es cierto. No tengo la documentación para acreditarlo. No recuerdo si fue antes o después de la desafiliación a la Federación la interposición de la acción", y no alcanza a transcurrir el plazo de 20 años que exige el art. 4015 del Código Civil.

[...] Por otra parte, considero que le asiste razón al apelante, en cuanto se agravia de que se haya tenido por cumplido el plazo de 20 años para la prescripción adquisitiva con el pago de los impuestos, tasas y servicios, ya que sin perjuicio de lo señalado con respecto al valladar dado por la existencia del comodato, aun cuando se pudiera hacer abstracción de ello, no existen elementos que permitan acreditar los presupuestos previstos en el art. 4015 del código Civil...

[...] En función de lo señalado y dado que la usucapión al resultar ser un medio excepcional de adquisición del dominio, debe ser juzgada con un criterio estricto, riguroso, que no deje lugar a dudas del "animus domini" de quien

ejerce la posesión, y dado la falta acreditación de posesión "animus domini", por parte del actor, considero que corresponde revocar la demanda, rechazándola
y dejando sin efecto la usucapión declarada en la instancia de grado"
("SINDICATO DE PETROLEO Y GAS PRIVADO DE RIO NEGRO NEUQUEN Y LA PAMPA C/
FEDERACION ARGENTINA SINDICAL DEL PETROLEO GAS Y BIOCOMBUSTIBLES S/ POSESION
VEINTEAÑAL", Expte. Nº 377582/2008).
Por las razones expuestas, entiendo que el recurso debe ser desestimado, con costas al apelante perdidoso (art. 68 CPCC). MI VOTO.
El Dr. Jorge D. Pascuarelli dijo:
Disiento con la solución propuesta en el voto anterior por cuanto entiendo que resulta procedente la apelación.
Ello a partir de considerar que la actora acreditó los hechos constitutivos alegados en la demanda y la contraria no probó los fundamentos de su defensa.
Es que, en punto a las críticas de la actora referidas a la valoración de la prueba, cabe partir de señalar que: "Los extremos requeridos para viabilizar la demanda por prescripción adquisitiva están constituidos por la presencia de una prueba plena y concluyente de la existencia del corpus, entendido como el ejercicio del poder de hecho de señorío sobre la cosa, del animus, esto es la intención de tener la cosa para sí y el mantenimiento de ambos requisitos durante el plazo requerido por la ley, en forma pública y pacífica".
"En cuanto al tratamiento de la prueba, debe tenerse presente la previsión normativa de la ley 14.159 que en su artículo 24 –modificado por el decreto 5756/58- establece: "c) Se admitirá toda clase de pruebas, pero el fallo no podrá basarse exclusivamente en la testimonial. Será especialmente considerado el pago, por parte del poseedor, de impuestos o tasas que graven el inmueble, aunque los recibos no figuren a nombre de quien invoca la posesión".
"Se trata, en definitiva de una prueba compleja o compuesta, la cual, a su vez, como se señalara, debe ser plena y concluyente".
"Con respecto a la primera cuestión, se ha señalado que, dada la naturaleza peculiar de este modo de adquisición del dominio, es evidente que cuando se recurre a la justicia en busca de una sentencia que así lo declare, deben ser objeto de plena prueba todos los hechos que han servido de base a la adquisición. Difícilmente un hecho puede ser probado a través de una única prueba. De ahí que la convicción del juez se dará, por lo general, como el resultado de distintas pruebas combinadas. Es lo que se denomina prueba compuesta, que es la que deriva de la composición de pruebas simples, que al ser consideradas aisladamente, no hacen prueba por sí solas, pero al ser evaluadas en conjunto pueden llevar al juez a un pleno convencimiento. No se trata de fracciones de prueba para formar un total, pues la sentencia no es el resultado de un cálculo matemático (Cfr. Alsina, Tratado, pág. 304), ("BENEGAS LIDIA CONTRA GONZALEZ ELOY ANIBAL Y OTRO S/ POSESION VEINTEAÑAL", EXP Nº 427695/10; "CABRERA VICENTE C/ PASCUAL Y JOSE ROSA S.R.L. S/ POSESION VEINTEAÑAL", EXP Nº 417933/2010).
La actora sostuvo que desde su fundación y constitución en 1971 tiene posesión efectiva y animus domini del inmueble donde se encuentra emplazada su sede central y llevó a cabo la conservación y reparación del inmueble (fs. 6 y sig.).
Luego, de la prueba producida surge que se otorgó personería gremial al Sindicato actor el 03/07/72 con domicilio en calle Santa Cruz 267 de la ciudad de Neuquén (fs. 527) y, de su Estatuto, que fue constituido en el año de 1971 con ese mismo domicilio, que corresponde al inmueble cuya usucapión se pretende.
La modificación edilicia surge del informe de fs. 551/566 y 826/846, efectuado por el consultor Arq. Eugenio Romero y del informe del perito Arq. Ricardo Mari de fs. 802/822, 884/885; así como de los informes producidos por las empresas constructoras y excede los actos de mero mantenimiento o reformas menores.
Por otro lado, la testigo Isabel Lohrman (fs. 895/896) dijo que fue empleada de la actora y que, por referencias, el Sindicato está en posesión del inmueble desde 1971, que originalmente era una pequeña casita, refiriéndose a las distintas remodelaciones. En el mismo sentido se expresó Hilario Martínez a fs. 897, al igual que Sampietro, empleado de OSEPRI, a fs. 939, quien preguntado sobre la calidad del bien entregado por la Federación, respondió que de acuerdo a su conocimiento, el único titular era el Sindicato.

A fs. 602 CALF informa que el Sindicato tiene el servicio de energía eléctrica en Santa Cruz 267 desde 1978. Asimismo, se presentan comprobantes de pagos de impuestos inmobiliarios desde el año 1986, retributivos desde 1988 y agua desde 1990, entre otros (fs. 1163/1563).

Además, se cumplieron los requisitos prescriptos por el art. 24, inc. a) y b) de la ley 14.159, respecto de la determinación del titular registral y a la adecuada ubicación e individualización del bien inmueble, con el informe de dominio de fs. 449 y la informativa de la Dirección Provincial de Catastro de fs. 461/490.

A partir de ello considero que resulta aplicable la doctrina judicial que sostiene:

"Es innegable que el A.D.O.S. ha realizado actos materiales sobre el inmueble que ocupa desde 1971 en los que claramente reposa su posesión. Tales, las construcciones, ampliaciones y reformas que, prácticamente, igualan la superficie originalmente construida por el Instituto Ferroviario, como claramente señala la Alzada en su bien fundado voto."

"El fundamento de la prescripción adquisitiva es consolidar situaciones fácticas, como medio de favorecer la seguridad jurídica, dando certeza a los derechos y poniendo en claro la composición del patrimonio, con lo cual se propende a la paz y el orden social (cfr. MARIANI de VIDAL, Marina, Curso de Derechos Reales, Tomo 3, Zavalía Editor, Buenos Aires, 2000, pág. 288 y s.s.)."

"Ella se justifica en diversas razones. Por un lado, se considera la presunción de abandono de la cosa por parte de su propietario. Si bien el dominio es perpetuo y no se extingue por el no uso, la ley le adjudica la propiedad al nuevo poseedor cuando el dueño permanece inactivo y deja que otro aproveche de la cosa con la intención de adquirirla. Por otro, hay razones económicas, ya que la ley se inclina por aquél que durante un tiempo importante la explotó económicamente, la hizo rendir, en desmedro de quien no mostró interés en la explotación. Esto interesa a toda la sociedad, si se recuerda que la propiedad tiene una función social (cfr. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI-CLAUDIO KIPER-FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, ob. cit., pág. 529 y s.s)."

"Cabe recordar que constituyen requisitos de la prescripción adquisitiva regulada en el artículo 4015 del Código Civil - modo de adquirir el dominio originario- la posesión continua por 20 años con ánimo de tener la cosa para sí. A tal fin no se exige título válido ni buena fe, porque nada puede escapar al imperio de esta prescripción."

"Para que la posesión sea útil debe ser pública, pacífica y continua. Y si ella duró así por todo el tiempo de la prescripción sin interrupción el usucapiente no tiene ya cosa alguna que probar para usar del beneficio de la usucapión (Ibíd.)".

"Cuando una persona se comporta como si fuera titular de un determinado derecho, cuando lo ejerce efectivamente con exclusividad, independientemente de que lo tenga o no, puede decirse lato sensu que es poseedora de ese derecho, con independencia de que lo tenga y aunque no lo tenga en realidad."

"No cabe duda que A.D.O.S. se ha comportado por más de veinte años como si fuera dueño del inmueble, ha dispuesto en forma exclusiva sobre él sin pedir autorización a nadie: ni al mencionado Instituto Ferroviario ni, mucho menos, a la aquí demandada."

"[…]"

"Es evidente que la construcción de una considerable cantidad de metros cuadrados a la vista de toda la sociedad neuquina solicitando las correspondientes autorizaciones municipales, no puede más que interpretarse –tal como lo han hecho los sentenciantes anteriores- como indudables actos posesorios", (TSJ Ac. N° 53/13, "A.D.O.S. NEUQUÉN C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ PRESCRIPCIÓN", Expte. Nro. 105 - Año 2011).

A partir de ello, entiendo que resultan acreditados los dichos de la actora en punto a que comenzó la posesión en 1971 y se cumplió el plazo de prescripción adquisitiva en 1991.

Y en relación con las defensas de la demandada, considero que los hechos que la sustentan no resultan acreditados de las constancias de autos.

La demandada alegó que "[…] si bien la venta se formalizó en el año 1973, mi mandante ya se hallaba –con anterioridad a éste acto- en posesión real y efectiva del bien, tal como consta en dicho instrumento público".

"Esta posesión, habilitó a que mi mandante en el año 1971,- ante las necesidades expuestas por el Sindicato de Petróleo y Gas Privado de Río Negro y Neuquén de contar con un inmueble en donde fijar su sede social y comenzar a desarrollar las actividades propias de la organización sindical en formación-, a cediera parcialmente el uso del mismo a la entidad aquí actora [...]", (fs. 272).

"[...] la Federación quién ya en el año 1971 se hallaba en posesión del bien, procediendo posteriormente en el año 1973 a regularizar la situación dominial, cedió en comodato gratuito y en forma parcial al Sindicato accionante el uso del inmueble de marras", (fs. 273).

Ello, entiendo que no fue acreditado en autos. Es que la escritura de fs. 205/207 tiene fecha del 14/12/1973 y consta que la Federación manifestó que se encuentra en posesión del inmueble pero del boleto de compraventa de fs. 209, de fecha 17/10/1973 surge que en ese acto se otorgó la posesión y no en 1971, como expresó la demandada en su contestación.

Luego, considero que tampoco se encuentra ningún elemento probatorio que genere la convicción suficiente respecto al comodato y sus términos, por cuanto los informes de los otros sindicatos se refieren a sus casos particulares, no al de autos, y resultan insuficientes por sí solos para inferirse que esa práctica hubiere sido la misma en el presente.

Entonces, a partir de considerar que no se encuentra acreditada la posesión anterior a 1973 y el comodato alegados por la demandada, no corresponde considerar la interversión de la causa de la posesión (cfr. art. 2353 del C.C.).

Los fundamentos expuestos anteriormente generan la convicción necesaria respecto a la posesión a título de dueño que en forma pacífica e ininterrumpida ejerció la actora por más de veinte años sobre el inmueble, por lo cual resulta procedente la prescripción adquisitiva.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación deducido por la actora y, en consecuencia, revocar la sentencia recurrida y hacer lugar a la demanda declarando la adquisición del dominio por prescripción a favor del Sindicato de Petróleo y Gas Privado de Neuquén, Río Negro y La Pampa del inmueble identificado en autos y disponer la cancelación de la titularidad del dominio de dicho inmueble que figura a nombre de la demandada e imponer las costas de ambas instancias a cargo de la vencida (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE, adhiero al mismo expidiéndome en idéntico sentido.

Por ello, esta Sala I, por MAYORIA

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de fs. 1591/1596 vta. en cuanto fue materia de recursos y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 del CPCC).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"MORELLI DE NAVARRO CANDELARIA C/ ROBERTO CLARA MONICA S/ COBRO EJECUTIVO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 470761/2012) – Sentencia: 248/15 – Fecha: 29/12/2015

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

JUICIO EJECUTIVO. EXCEPCIONES. EXTEMPORANEIDAD. ESCRITOS JUDICIALES. CARGO. REDARGUCION DE FALSEDAD. FALTA DE ACOMPAÑAMIENTO DE COPIA. FOTOCOPIA SIMPLE CARENTE DE VALIDEZ.

> Es improcedente el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra el auto que declara extemporánea la interposición de excepciones. Ello es así, toda vez que el no haber siquiera acompañado el original del ejemplar que quedó en su poder –y va de suyo con el cargo estampado-, como constancia de presentación, priva de toda seriedad al planteo y determina la suerte adversa del recurso [...]

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de diciembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MORELLI DE NAVARRO CANDELARIA C/ ROBERTO CLARA MONICA S/ COBRO EJECUTIVO" (EXP N° 470761/2012) venidos en apelación del JUZGADO de JUICIOS EJECUTIVOS N° 3 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. La ejecutada apela la sentencia dictada en autos.

Sostiene que parte de un presupuesto erróneo, cual es que la orden de desglosar el escrito presentado por el cual opone las excepciones, se encuentra firme.

Relata el tenor del escrito desglosado y dice que las excepciones fueron consideradas extemporáneas, cuando ello no fue así, dado que contestó dentro de las dos primeras horas (9.30) y que adjuntó una fotocopia de dicha presentación.

2. Ahora bien, tal como surge de la lectura de estas actuaciones, oportunamente la demandada interpuso recurso de apelación contra el auto que declara extemporánea la interposición de excepciones.

En dicha oportunidad, acompaño una fotocopia simple, indicándosele que, previo a proveer el recurso, debía adjuntar el original.

Esto no lo hizo en dicha oportunidad ni lo efectúa ahora y, más allá de la situación heterodoxa que aquí se plantea, dadas las alternativas procesales relatadas, lo cierto es que el planteo de la recurrente no puede prosperar.

En efecto: por una parte debe considerarse que el cargo "…tiene carácter de instrumento público, por lo que hace plena fe mientras no sea redargüido de falsedad (arts. 979, 993 y concs. delCCiv.; esta sala en causas n. 31.141, R.I. 569/93, del 30/11/1993 y 38.909, R.S. 589/97, del 11/11/1997)". Así lo ha decidido -también- invariablemente la jurisprudencia (Sup. Corte Just. Bs. As., JA 1980-IV-693; JUBA sumario n. B1750214; C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2ª, 49850, RSD-213-89 S, 11/8/1989; JUBA sumario n. B2201763, C. Civ. y Com. Trenque Lauquen, causa n. 8.871, RSI-19-42; JUBA sumario n. B 2950078, C. Civ. y Com. Quilmes, sala 2ª, causa n. 390, RSI-22-96 I, 8/4/19199; JUBA sumario n. B 36686, Sup. Corte Just. Bs. As., ac. n. 71.815 I, 28/9/1999; entre otros).

En igual sentido ha dicho la doctrina que las constancias del cargo -por haber sido asentadas por un oficial público- constituyen un instrumento público por lo que hacen plena fe mientras no sean redargüidas de falsas (Morello, Augusto M. - Sosa, Gualberto L. - Berizonce, Roberto O., "Códigos Procesales...", t. II-B, p. 593; en igual sentido puede verse Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", t. IV, actos procesales, p. 103).

Y en cuanto a la forma en que deben enervarse las manifestaciones impuestas en el cargo, se ha sustentado que los errores que se le imputen solo pueden considerarse si se plantea por la vía de la querella de falsedad no siendo suficiente la simple prueba en contrario, toda vez que las constancias gozan de autenticidad conferida por el funcionario público (Fenochietto, Carlos E. - Arazi, Roland, "Código Procesal ...", t. I, p. 397; en igual sentido puede verse

Morello, Augusto M. - Sosa, Gualberto L. - Berizonce, Roberto O., "Códigos Procesales ...", t. II-B, ps. 595 y 597, con jurisp. allí citada)….La presunción de veracidad se constituye, así, a priori lo que significa que el legislador sustrae al juez la comprobación de la certeza del hecho mientras el documento no se impugnare por acción de falsedad, siendo -entonces- que la fuerza y eficacia probatoria del instrumento no puede desconocerse por simple prueba en contrario (Armella, Cristina, "Código Civil y normas complementarias, Bueres, dirección - Higton, coordinación", t. 2-C, p. 57).

Aplicando tales conceptos genéricos al caso específico de autos, se observa que el presentante de los memoriales de fs. 358/63 en ningún momento activó los carriles de fondo y de forma tendientes a enervar la eficacia del cargo en cuestión: en concreto no se promovió tempestivamente la redargución de falsedad de los mismos, único carril legal idóneo en orden a desvirtuar lo que de ellos surgí (arts. 393 y 993 del CCiv.)…." (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, Redonhielo S.A. v. Peyrani, Francisco A. y otro 15/07/2003 Cita online: 70011974; en igual sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, Banco Río de la Plata c. González, Hugo A. 09/09/1997 Publicado en: LA LEY 1998-B, 689 DJ 1998-2, 194 Cita online: AR/JUR/525/1997).

Traídos estos conceptos al caso en estudio, claramente se advierte la improcedencia del planteo recursivo, al no haberse acudido a la vía específica.

3. Pero más allá de ello y aún aplicando un criterio más amplio que eximiese del escrito procedimiento de redargución, lo cierto es que el ejemplar acompañado es una simple fotocopia, no adjuntando el presentante el original de la copia que se le habría devuelto, con la constancia pertinente –también en original- de la fecha y hora de presentación.

Es que desde la posición más favorable al recurrente, se ha indicado: "Si se verifica una desdichada situación motivada por cierta disfunción en el cargo mecánico y la imprudencia en que pudo haber incurrido un agente al enmendar el cargo con una fecha errónea, en tal hipótesis y ante la existencia de copia en poder del pretensor que desvirtúa la fecha obrante en el expediente, debe prevalecer la interpretación consistente en tener por presentado el escrito del accionante, toda vez que ante la posibilidad de que se hubiese deslizado un error material por parte del tribunal, no corresponde aplicar una interpretación que pueda resultar lesiva para la parte directamente perjudicada por esa circunstancia; y ello cobra mayor virtualidad cuando el acto afectado tiene o pueda acarrear importantes consecuencias para el proceso." VILARIÑO MARIO C/ NOLA CONSTRUCCIONES SA S/INC. DE APELACION. (JA 11.1.06).- Nº Sent.: 28656/05.- Mag.: DIAZ CORDERO - BUTTY.- 30/09/2005.

En definitiva, aún cuando se ha indicado que de lo que "se trata, en el caso, de evaluar los hechos con criterio justo, sopesando la verosimilitud de los hechos puestos en entredicho –por un lado- y los bienes o valores jurídicos en juego: el derecho de defensa y los principios procesales de preclusión y perentoriedad de los plazos" (cfr. esta Sala I, en anterior composición señaló al pronunciarse en autos "UNAMIT S.A. CONTRA MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/COBRO ORDINARIO DE PESOS" (EXP Nº 358653/7), lo cierto es que los elementos obrantes en autos son insuficientes: No hay ninguna prueba indiciaria corroborante de la oportuna presentación del escrito cuestionado, con entidad y fuerza de convicción suficiente.

Por ello y más allá de todos los reparos procedimentales que pudieran efectuarse en punto al modo de canalizar la crítica al proveído de hojas 35, insisto en que, aún tomando la posición más favorable al recurrente, el no haber siquiera acompañado el original del ejemplar que quedó en su poder, como constancia de presentación, priva de toda seriedad al planteo y determina la suerte adversa del recurso, con costas a su cargo. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome en idéntico sentido.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1.- No hacer lugar al recurso de fs. 61 y confirmar la sentencia de trance y remate de hojas 45 y vta..

2.-Imponer las costas de Alzada al apelante vencido.

3.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE
Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"CARRASCO VIDAL CARLOS ARMANDO C/ GIULIETTI SANTIAGO ROBERTO S/ D. y P. - MALA PRAXIS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 464751/2012) – Sentencia: 12/16 – Fecha: 04/02/2016

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

MALA PRAXIS. JUICIO DE DAÑOS Y PERJUICIOS. FINALIZACION POR CADUCIDAD DE INSTANCIA. RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO. PERDIDA DE CHANCE. DAÑO EMERGENTE. DAÑO MORAL. COSTAS.

1.- El letrado demandado no debe responder por la pérdida de chance que sufrió el cliente accionante al haber finalizado el juicio de daños y perjuicios por caducidad de instancia, pues no hay elementos suficientes en autos, que permitan establecer un atisbo de éxito de la demanda contra el conductor del rodado, la titular y la citada en garantía, aún de haber mediado una actuación irreprochable del letrado.

2.- Corresponde dejar sin efecto la condena al letrado en concepto del daño emergente que sufrió el cliente accionante al haber finalizado el juicio de daños y perjuicios por caducidad de instancia, pues es el propio actor quien admite la falta de pago -en concepto de honorarios e IVA sobre los honorarios regulados en la causa perimida- al indicar que "llegado el caso tendrá que afrontar". Es aplicable aquí el desarrollo efectuado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, al indicar: "ello obedece fundamentalmente a que no hay constancia de haberse abonado los honorarios regulados en aquél proceso y encuentro que ante el incumplimiento verificado ante la intimación de pago efectuada contra el accionante, se decretó la "inhibición general de bienes" y de "embargo" conforme surge de los autos dictados a fs. 1555 y fs. 1596. [...]. A la fecha, por tanto, no es posible calificar como daño "cierto" la pretensión resarcitoria intentada por D., entendido éste como el perjuicio real y no meramente hipotético (cfr. arts. 519 y 1068/1069 del CC). Además, recuerdo que el daño debe ser "actual", si se acogiera el presente reclamo se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa, correspondiendo señalar asimismo que la prueba del daño pesa sobre quien reclama la reparación (ver mi voto in re "Sanfeliú, Héctor J. c/ BNP Paribas s/ Ds. y Ps.", Expte. N° 29.145/2.007 del

30/3/2010)…el mismo reconoce no haber afrontado pago alguno en este sentido, por lo que su pretensión no puede ser acogida…" (cfr. "DOLCE, GIANPAOLO C/ GRINBERG, MATÍAS Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", 17/03/2011 – CNCiv. – Sala J).

3.- Corresponde reducir el importe por el daño moral que sufrió el cliente accionante al haber finalizado el juicio de daños y perjuicios por caducidad de instancia, en tanto el padecimiento espiritual al que estos medios de prueba hacen referencia –testimoniales y pericial psicológica-, no se circunscriben exclusivamente a la mala práctica profesional -del letrado-, sino a las secuelas del accidente, aspectos que, conforme señala en el inicio de este punto de análisis, deben ser deslindados (...). Consiguientemente, se estima prudencialmente, y tomando como parámetro lo fijado en otros casos, en la suma de $10.000.

4.- [...] entiendo que la prudencialidad con la que los jueces debemos evaluar la distribución de las costas significa que la proporción con el éxito no puede ser la estrictamente matemática y hay un margen de flexibilidad decisoria, acorde a las particularidades del caso; desde allí que, aún cuando se considerara que el actor ha resultado vencido en cierta porción de sus pretensiones, pueda ser eximido, si existe mérito para ello. En tal orden de ideas, no puede dejar de valorarse que el demandado desconoció su responsabilidad, la que fue establecida. Por estas consideraciones, entiendo que prudencialmente estimadas todas las constancias de la causa, las costas de origen deben ser soportadas en la proporción del 20% a cargo de la actora y en 80% a cargo del demandado.

Texto completo:

NEUQUEN, 4 de febrero de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CARRASCO VIDAL CARLOS ARMANDO C/ GIULIETTI SANTIAGO ROBERTO S/ D. y P. - MALA PRAXIS" (EXP Nº 464751/2012) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. La Sra. Jueza hace lugar parcialmente a la demanda y condena al pago de la suma de $21.743,70 en concepto de honorarios e IVA sobre los honorarios regulados en la causa perimida, con más la suma de $20.000, en concepto de daño moral. Todo ello con más sus intereses desde la fecha en que caducó la instancia, con costas a cargo del demandado vencido.

Contra dicho pronunciamiento recurren ambas partes.

1.1. El demandado se agravia en hojas 331/332.

Se queja de que se haya condenado a abonar el monto correspondiente a las costas de la causa perimida, en concepto de daño emergente. Sostiene que no se ha acreditado el pago, ni el inicio de la correspondiente ejecución, encontrándose a la fecha, prescripta la acción para su cobro.

También se agravia de que los intereses se calculen desde la fecha de la declaración de caducidad, cuando dichos intereses no se han generado para Carrasco, al no haber procedido a su pago.

Se queja de la condena en concepto de daño moral, indicando que la pericia es insuficiente para acreditarlo, requiriendo se rechace el rubro.

Por último, cuestiona la imposición de costas, en tanto entiende que debieron imponerse de acuerdo a la proporcionalidad del porcentaje en que prosperó la demanda.

En hojas 337/338 se amplían los agravios con relación al daño moral: cuestiona la pericia psicológica, la que carece de congruencia, al no darse un diagnóstico del actor, limitándose a describir que tiene un 20% de incapacidad derivado de sus alteraciones psíquicas.

Agrega que mezcla los supuestos padecimientos del actor en el accidente, aún anteriores y hasta remotos, con la supuesta responsabilidad de su parte: la angustia y depresión –dice- tienen que ver con la situación económica que no posee vinculación con el accionar de Giulietti.

1.2. El actor expresa sus agravios en hojas 335/336.

Dice que la magistrada desestima el rubro, indicando para ello que no se produjo prueba alguna que acredite la existencia de secuelas invalidantes.

Sostiene que omitió valorarse el certificado médico oficial emitido por el Ministerio de Acción Social, el que no fue desconocido.

Expone que, además, es corroborada por los testimonios de Montesinos y Retamal y surge, además, de la historia clínica acompañada en autos.

Por último se queja de que no se haya hecho lugar al reclamo de los gastos, toda vez que los mismos surgen de las constancias obrantes en el expediente.

Dice que, al presentarse como daños consecuentes, no es necesario adjuntar prueba específica.

2. Llega firme a esta instancia que el demandado incurrió en mala praxis y que, por lo tanto, debe responder por los daños y perjuicios que tal conducta haya causado a la actora.

La cuestión a resolver se circunscribe entonces, a la determinación del alcance de esa reparación: esto es, la acreditación de la existencia del rubro pérdida de chances y la cuantificación del daño moral.

Es importante aclarar esto porque el deber de reparar, la procedencia de la condena y su extensión, dependen de una serie de factores que deben concurrir: es necesario que exista una conducta antijurídica; en supuestos como el de autos, que sea culpable; debe existir un daño y, por último, entre el daño causado y la conducta debe mediar una relación de causalidad.

Puede acontecer –y de ello no se desprende que haya contradicción o incongruencia- que se encuentren presentes algunos de los presupuestos de la responsabilidad y no, otros.

Es necesario que exista una conducta antijurídica (lo que se encuentra acreditado en autos y llega firme a esta instancia), pero ello no es suficiente para que proceda la reparación del daño en la extensión pretendida.

Para esto último se requiere, además, que el daño se encuentre acreditado en cuanto a su existencia y extensión: si esto no se cumplimenta, la reparación no prosperará.

Y, en este punto, justamente, radica la primera cuestión que se decidirá en esta Alzada, al ser un agravio común (aunque en sentido discordante) de ambos apelantes.

3. Ahora bien, el Sr. Carrasco Vidal solicitó se condenara al demandado al resarcimiento de los daños sufridos, los que estimó en la suma de $198.368,70, de acuerdo a los siguientes rubros: a) daño emergente: costas del expediente caducado por la suma de $36868,70, que llegado el caso tendrá que afrontar; gastos incurridos, consistentes en otorgamiento de otro poder, iniciar la presente demanda, consultas profesionales, traslados, etc); b) pérdida de chance de cobrar un resarcimiento económico por parte de los demandados en la causa caduca, el que estima en la suma de $140.000 y c) Daño moral, por la suma de $20.000.

Me abocaré, en primer término, al análisis del rubro pérdida de chances, aspecto en el que, desde ya debo señalar, no asiste razón a la recurrente en sus críticas y, por lo tanto, el pronunciamiento de grado será confirmado.

Explicaré las razones de esta afirmación.

3.1. El daño típico, derivado de la incorrecta gestión profesional de un abogado, es la pérdida de la posibilidad de obtener un resultado favorable en un pleito. La pérdida de chance es, entonces, el rubro representativo del daño más característico, que causa un letrado, cuando no cumple las obligaciones a su cargo (cfr. Wierzba, Sandra M., "Responsabilidad Civil del Abogado", Ed. Hammurabi, pág. 75. Ver también, Goldenberg, Isidoro H., "Indemnización por daños y perjuicios", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 248).

En este esquema, el resarcimiento sólo puede consistir en la pérdida de la chance o probabilidad de éxito: no puede saberse a ciencia cierta si el abogado hubiere obtenido todo lo que se hubiese pretendido. De allí que, para que se configure el daño, deben existir probabilidades mínimas de que el defendido hubiera obtenido un pronunciamiento favorable a su pretensión (cfr. Serra Domínguez, La responsabilidad civil del abogado, Pág. 230 y Llambías, "Tratado de Derecho Civil", T. IV-B, Abeledo-Perrot, l980, págs. 154/155).).

3.2. Planteada así la cuestión y, toda vez que, más allá del rubro de que se trate, el daño resarcible debe ser cierto (en el plano del proceso, requiere prueba suficiente para ser receptado), el argumento central de la decisión del magistrado es correcto.

Y si, como se viene diciendo, el perjuicio indemnizable no está dado por la suma reclamada en el juicio, sino en la probabilidad -mayor o menor- de obtener éxito en dicho proceso, esto necesariamente debe ser apreciado por los jueces que conocen del juicio de responsabilidad (Orgaz, A., "El daño resarcible", pág. 70). La chance debe ser real y bajo ningún concepto una quimera (Le Tourneau, Philippe, "Droit de la responsabilité et des contrats", Dalloz, París, 2004, pág. 339, cit. por López Mesa-Trigo Represas en "Tratado de la Responsabilidad Civil", La Ley, Bs.As., 2006, pág. 565).

La actora debía, entonces, acreditar imprescindiblemente los presupuestos para que prosperara la demanda contra los demandados primigenios, esto es: no sólo que había ocurrido el hecho, que le eran atribuibles a aquéllos, sino los daños derivados del mismo, tales como los daños físicos y su relación de causalidad con el infortunio, la incapacidad sobreviniente, el lucro cesante, los tratamientos médicos, el daño moral, etc.

"Y para ello, son insuficientes los certificados y estudios médicos acompañados; en lo que hace a las lesiones físicas, asiste razón al juez, en punto a que la prueba por excelencia es la pericial médica; no sólo porque únicamente un experto podría determinar sobre la existencia de la patología y relación probable de causalidad con el evento dañoso, sino porque, de esta forma, se determinaría el daño con el debido contralor de la contraparte, recaudo que la defensa en juicio exige." (cfr. "Pérez Delia" (Expte. 392501/9).

3.3. Nótese, que de la lectura de las piezas obrantes en el expediente de daños y perjuicios derivados del accidente, surge que la causa no había sido abierta a prueba y que, conforme al relato de los hechos expuestos en la demanda y la contestación, la acción tenía escasas probabilidades de éxito en tanto el demandado contaba con la prioridad de paso. Además, no hay en aquella causa ni en ésta, elementos que permitan eludir la aplicación de tal regla de decisión (culpa de la víctima por haber infringido la prioridad de paso) en tanto no hay siquiera indicios de que el conductor del rodado haya excedido la velocidad reglamentaria.

Hemos dicho al respecto que:

"...la regla general es que la prioridad de paso de quien circula por la derecha acuerda una presunción de responsabilidad de quien carece de ella. Así he señalado:

"…comparto la posición sostenida, entre otros, por Roncoroni, en cuanto a que la trascendencia y vitalidad de la prioridad de paso como norma de prevención en la seguridad y educación vial y en la interacción social, por el juego de expectativas mutuas que genera en el tránsito vehicular (que quién circula por la izquierda habrá de frenar), no debe ser desvirtuada por un excesivo casuismo. "Así, sólo podría relativizarse el carácter absoluto de esa pauta directriz cuando el vehículo sin preferencia de paso haya ingresado a la encrucijada, permitiendo que el conductor que gozaba de prioridad y arribara al cruce con la expectativa normal de que la misma sería respetada, pueda modificar su conducta con el mínimo de tiempo indispensable para que la colisión no se produzca.

Se añadió que "el principio sentado por las normas que reglan las preferencias en el cruce o convergencias de arterias, no puede sortearse con facilismo acudiendo a la ruptura de la simultaneidad en el arribo, de manera tal quien primero se introduce en el sector de cruces o más avanza en el mismo ganó el derecho de prevalencia". Más adelante agrega

que "la absolutez de la regla está referida (y relativizada si se quiere) a las circunstancias de lugar (el escenario en que ella impera: la bocacalle que dibuja el cruce de arterias) y a la conducta a adoptar frente al mismo por los ciudadanos al mando de diversos vehículos". Y el patrón interpretativo para relativizarla no es otro que el que fluye del normal comportamiento que el legislador espera de aquellos conductores en tales circunstancias. "De allí que la regla expuesta no puede admitir demasiadas excepciones que generen inseguridad o para conceder el "bill de indemnidad" a quien, en ese simultáneo arribo al cruce de calles, deja de lado el principio de preferencia del que gozaba el otro conductor, para adelantarse en ganar ese espacio, arrebatarle la preferencia y erigirse en fuente de riesgos y daños, de otro modo fácilmente evitables. Sólo cuando la certeza de que el cruce primerizo no sorprenderá a quien gozaba de la preferencia y no provocara la colisión, puede decirse que aquella absolutez cede…" (cfr. Ampliación de fundamentos del Dr. Roncoroni en causa cit. Ac. 76418, 12/3/2003 "Montero Viviana G. c/ Rafael José M. y/o quién resulte responsable s/ Daños y Perjuicios" DJJ 165-225, citado por Galdós, Jorge Mario, "OTRA VEZ SOBRE LA PRIORIDAD DE PASO (Y LOS PEATONES) EN LA SUPREMA CORTE DE BUENOS AIRES").

También creo necesario remarcar que no puede resultar indiferente a quienes operamos con el derecho, la existencia de una norma legal que establece una presunción de responsabilidad, lo que acentúa o completa el régimen que establece en esta materia, el Código Civil en sus artículos 1109 y 1113. Como sostienen Mosset Iturraspe y Piedecasas: "cualquiera que sea la norma que se aplique, debe considerarse la presunción de responsabilidad que tiene aquel que participa en un accidente y que carecía de prioridad de paso, ya que se trata de una presunción de origen legal, que no puede ser ignorada ni por la parte ni por el juez al aplicar el derecho".

Como indica Tabasso Cammi, por preferencia se entiende a: "aquel dispositivo técnico-jurídico de distribución del uso de espacios comunes de la vía pública caracterizados por su conflictividad potencial, según criterios temporo-espaciales indicativos de la prioridad otorgada a un sujeto para seguir el recorrido sin modificar su dirección o velocidad, correlativo a la obligación rigurosa puesta a cargo de otro sujeto -potencialmente contendiente- de no interferirle ni obstaculizarle el libre paso. Definido de modo más simple: es un arbitrio consistente en designar normativamente a un usuario en carácter de obligado a ceder el paso a otro usuario, sea reduciendo la velocidad o deteniéndose. En términos didácticamente simplificados, puede decirse que la idea central consiste en establecer coactivamente, con el fin de evitar la interferencia y la colisión, que, bajo ciertos requisitos, uno pase antes y el otro después. Posiblemente, la mejor explicación del instituto se obtenga visualizando el núcleo operativo -la obligación técnico-asegurativa de cesión de paso- a través de la definición enunciada en ambas Convenciones de Viena de 1968: "La obligación del conductor del vehículo de ceder el paso a los otros vehículos significa que este conductor no debe continuar su marcha o su maniobra o retomarla si ello arriesga a obligar a los conductores de otros vehículos a modificar bruscamente la dirección o la velocidad de sus vehículos" (art. 1°)…" .(cfr. Tabasso Cammi, Carlos "PREFERENCIAS DEL INGRESO PRIORITARIO, DE LA DERECHA-IZQUIERDA Y DE FACTO" Intentando terminar una polémica interminable, Revista de Derecho de Daños "Accidentes de Tránsito-III, Año 1998 / N° 3).

Ahora bien, es claro que el dispositivo preferencial supone la existencia de una situación de "normalidad", "habitualidad" o "previsibilidad" en su aplicación.

Justamente, el desarrollo de una velocidad excesiva que impactara en las condiciones de previsibilidad y normalidad, a punto tal de mutar el escenario tenido como hipótesis de regulación, impediría aplicar esas reglas, por cuanto el presupuesto fáctico sería otro. En este sentido señala el autor citado:

"El límite verdaderamente intransgredible de las preferencias en todas sus especies –como de cualquier otro dispositivo de seguridad vial- reside en la velocidad instantánea que efectivamente desarrolle el usuario. Desde el punto de vista técnico y constructivo, todo esquema organizativo del tránsito se funda, necesariamente, sobre el presupuesto de determinados topes máximos y mínimos de velocidad resultantes del tipo, capacidad y condiciones de la red existente. Cada vía tiene una velocidad directriz (también llamada de proyecto, de diseño o de cálculo, que es: "la adoptada para propósitos de diseño y correlación de aquellas características de un camino, tales como curvatura, peralte y distancia visual, de los que depende la seguridad de operación de los vehículos. Es la velocidad continua más alta a la que pueden viajar los vehículos individualmente y con seguridad en un camino cuando las condiciones del tiempo son

favorables, la densidad de tránsito es baja, constituyendo las características de diseño del camino las condiciones gobernantes para la seguridad".

Por ende, no hay orden –ni seguridad- posible si los topes no son respetados, puesto que quien marcha a una velocidad excesivamente baja para la media común, priva a otros de la posibilidad de avanzar dentro de los límites permitidos y ralentiza el flujo; en tanto, quien lo hace a una velocidad excedida para la circunstancia o ultrapasando los topes admitidos, llega antes de lo debido a todos los puntos que recorre, constituyéndose en un factor inesperado, imprevisible, conflictivo y alterador de la normalidad que cabría esperar conforme al principio de confianza…" (cfr. Tabasso Cammi, op. Cit).

Es que la preferencia se basa "…en una cuestión de visibilidad; como los vehículos que circulan por la derecha llevan el volante del lado izquierdo, el ángulo de visibilidad es mayor hacia el lado derecho, pues tienen todo el parabrisas para poder divisar el obstáculo, mientras que en el lado izquierdo pueden surgir dificultades por el marco lateral de la carrocería. Wollaert, entre otros, defiende la prioridad de la derecha sobre las siguientes razones: 1) el punto de vista de la visibilidad teórica y el ángulo de visibilidad es más favorable para la prioridad a la derecha; 2) que el punto de vista de la visibilidad práctica, el ángulo es netamente superior para la visibilidad a la derecha; 3) que el peligro de colisión es mayor en la prioridad a la izquierda; 4) que la prioridad a la izquierda impide a los vehículos que proceden de la derecha, al no ser prioritarios, salir a la calle por donde vienen, y mantiene a los conductores en malas condiciones de visibilidad; 5) que la prioridad a la derecha permite a un vehículo prioritario ganar el centro del cruce, donde su conductor posee una visibilidad total; 6) que al confinar a un vehículo en la calle de donde no puede salir, una fila de vehículos prioritarios de la izquierda obliga al vehículo a bloquear el uso de su propia prioridad frente a otros vehículos subordinados, en una situación equivalente a la que se produce ante un ceda el paso". (cfr. LÓPEZ MUÑIZ-GOÑI, Miguel, Derecho y técnica de la circulación; Gesta, Revista de Derecho Judicial, Madrid, 1964, t. II, ps. 196)…" (cfr. Sala I, "Lobato" expte. 267163/1).

3.- Traídos estos lineamientos al caso en estudio, fácilmente se advertirá que la regla de preferencia de paso sólo puede ceder ante excepcionales circunstancias debidamente acreditadas, las que, como anticipara, no se encuentran reunidas en este caso.

Como surge de las ideas transcriptas precedentemente, el principio de la prioridad de paso de quien circula por la derecha no puede sortearse con facilismo acudiendo a la ruptura de la simultaneidad en el arribo.

Esto, incluso, ha sido remarcado por el TSJ, en el precedente "Marcilla" que cita el recurrente, al señalar: "debe tenerse en claro que en el sistema de preferencia de la derecha-izquierda cuando éste es el único legalmente previsto- la circunstancia de que preferente y no preferente lleguen al límite del área de conflicto antes o después, no es relevante. Si arriba antes quien accede desde la derecha, le asiste la facultad de seguir, puesto que ello no representa más que el ejercicio del privilegio reglamentario; si lo hace después, puede proseguir confiando legítimamente en que el contendiente le cederá el paso, por lo cual, si este último prosigue, incurre en ilícita invasión de la zona habilitada al libre paso del contendiente y, de verificarse el siniestro, cargará con la presunción de causalidad y culpabilidad (Ibídem).

En consecuencia, la manda legal obliga al conductor que viene por la izquierda a permitir que pase primero el que viene por la derecha porque cuenta con prioridad de paso, más allá de quien esté más cerca o más lejos de la encrucijada, debate éste que, como veremos más adelante, resulta zanjado por los expresos términos de la normativa vigente" (Ac. 48/13).

Cierto es que en este mismo precedente también se razonó que la velocidad que imprime quien cuenta con prioridad de paso no es un dato menor y, en determinados casos, puede contribuir concausalmente en la producción del siniestro.

En sentido similar al criterio de esta Sala ya reseñado, sostuvo el TSJ en el precedente "Marcilla" cuya infracción denuncia el apelante:

"el legislador ha organizado el sistema de tránsito sobre el presupuesto técnico de ciertos topes máximos de velocidad, pues tal como reflexiona con acierto Carlos Tabasso Cammi, no hay orden ni seguridad- posible si se circula a una

velocidad excedida para la circunstancia o ultrapasando los topes admitidos, puesto que así se llega antes de lo debido a todos los puntos del recorrido, constituyéndose en un factor inesperado, imprevisible, conflictivo y alterador de la normalidad que cabría esperar conforme al principio de confianza" (el resaltado es propio)…" (cfr., entre muchos otros de esta Sala: "FRANCO NELSON HERIBERTO Y OTRO C/ RIAVITZ RUY MARCOS S/ D. y P. X USO AUTOM C/LESION O MUERTE" EXP Nº 426052/2010)

3.4. Confluye además, la circunstancia de que el actor, conforme surge de la historia clínica acompañada en autos, circulaba sin el casco reglamentario (cfr. hoja 198: "Motivo de la internación: Pac aparentemente sin antec. Patológicos que sufre accidente automovilístico al chocarlo una camioneta mientras el conducía una moto sin casco"), lo que se presenta como un nuevo factor de eximición de responsabilidad del conductor y restantes co-demandados.

Es que como señaláramos, en este supuesto: "…el juez, para establecer la eficiencia genética de cada causa, y así determinar la proporción de los daños a indemnizar por el agente y la parte de los mismos a cargo de la víctima, debe formular un juicio retrospectivo y abstracto, procurando determinar la relevancia de uno y de otro hecho.

Además, en los casos en que el factor de atribución de responsabilidad sea la culpa y el hecho concurrente del perjudicado sea "culpable" (en sentido impropio), la evaluación de la gravedad de cada falta resulta útil como pauta directriz para el reparto de los sacrificios que tanto uno como otro deben soportar.

Si bien es cierto que la gravedad de la culpa no siempre está relacionada con la extensión del detrimento, ya que nada impide que en un supuesto concreto la falta menos importante tenga mayor incidencia dañosa, no es menos cierto que en la generalidad de los casos, la relación es directamente proporcional, ocasionando la culpa más grave mayores perjuicios.

Por otro lado, cabe dejar claramente sentado que en casos de concurrencia de culpas debe efectuarse un análisis conjunto y coordinado de los dos aspectos, la relevancia dañosa y la intensidad del reproche que entraña cada hecho…" (cfr. Castro Durán, op. cit.).

En orden a ello (y más allá de la aplicación en el caso del artículo 1113 del Código Civil), siendo que la patología determinante de la internación del actor y de la gravedad de su cuadro de salud, se registró en la cabeza, a la que, específicamente, el casco está destinado a proteger (ver examen de fs. 11 e informe de evolución de fs. 15), el no uso del mismo (circunstancia atribuible al actor) determina una incidencia co-causal en los daños sufridos, la cual, en orden a las lesiones sufridas y a la imprudente asunción de riesgo por parte del actor, estimo debe establecerse en el orden del 50%..." (cfr. de esta Sala I, "LOBATO JULIO GABRIEL CONTRA QUINTANA PINO OMAR SEGUNDO Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS" EXP Nº 267163/1)

3.5. Como puede advertirse, todo este cuadro de situación determina que la pérdida de chance no haya sido acreditada en ninguno de los extremos requeridos en el caso, lo cual determina que la queja de la actora en este caso deba ser desestimada.

En otros términos, no hay elementos suficientes en autos, que permitan establecer un atisbo de éxito de la demanda contra el conductor del rodado, la titular y la citada en garantía, aún de haber mediado una actuación irreprochable del letrado.

La razón de la decisión, entonces, es acertada y no ha logrado ser refutada por los agravios expuestos en esta Alzada, más allá de los argumentos coadyuvantes planteados por el demandado, cuyo análisis se imponía, por parte de esta Sala.

4. En cuanto a la decisión del daño emergente materia de condena y cuestionado por el demandado, deberá ser revocada.

Entiendo que le asiste razón a esa parte, en tanto es el propio actor quien admite la falta de pago al indicar que "llegado el caso tendrá que afrontar".

Es aplicable aquí el desarrollo efectuado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, al indicar:

"ello obedece fundamentalmente a que no hay constancia de haberse abonado los honorarios regulados en aquél proceso y encuentro que ante el incumplimiento verificado ante la intimación de pago efectuada contra el accionante, se decretó la "inhibición general de bienes" y de "embargo" conforme surge de los autos dictados a fs. 1555 y fs. 1596.

10.2. A la fecha, por tanto, no es posible calificar como daño "cierto" la pretensión resarcitoria intentada por D , entendido éste como el perjuicio real y no meramente hipotético (cfr. arts. 519 y 1068/1069 del CC).

Además, recuerdo que el daño debe ser "actual", si se acogiera el presente reclamo se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa, correspondiendo señalar asimismo que la prueba del daño pesa sobre quien reclama la reparación (ver mi voto in re "Sanfeliú, Héctor J. c/ BNP Paribas s/ Ds. y Ps.", Expte. N° 29.145/2.007 del 30/3/2010)…el mismo reconoce no haber afrontado pago alguno en este sentido, por lo que su pretensión no puede ser acogida…" (cfr. "DOLCE, GIANPAOLO C/ GRINBERG, MATÍAS Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", 17/03/2011 – CNCiv. – Sala J).

En cuanto a los gastos reclamados por el actor, es aplicable el mismo razonamiento, por lo que la decisión de la magistrada en este aspecto, deberá ser confirmada.

5. En cuanto a la queja por el daño moral padecido, debo señalar que éste debe circunscribirse al derivado de la mala praxis profesional. Este es el aspecto medular del análisis que corresponde efectuar.

Es que "el daño moral cuya reparación se reclama en el presente proceso debe ser cuidadosamente distinguido del que podría haber sufrido el actor como consecuencia del accidente que motivó la promoción del pleito cuya caducidad dio lugar al presente juicio. Es prístino que este último daño se encuentra en relación causal adecuada con el accidente, y no con la conducta del profesional aquí demandado… De lo que aquí se trata es de algo enteramente distinto: el daño moral que causó al demandante la conducta del letrado que dejó perimir la instancia. Juzgo que ese perjuicio es independiente de la pérdida de chance, que venía referida exclusivamente a la expectativa de ganar cierta suma en caso de haber resultado triunfador en aquel proceso. Es presumible, en efecto, que más allá de la pérdida de aquella posibilidad el demandante haya sufrido un perjuicio extrapatrimonial por el mero hecho de que el proceso se vio truncado abruptamente por culpa del emplazado, lo que le impidió llegar a una sentencia que resolviera su reclamo conforme a derecho. En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (esta sala, 04/02/2009, "Herrera, Gloria Alejandra c. C., S." RCyS 2009-VI, 161; esta cámara, S ala F, 3/10/2012, "K., M. E. c. L. D., H.", RCyS 2013-II, 239; ídem, Sala D, 21/04/2009, "Kohler Graciela y Otros c. Saleme, Carlos Andrés y Otros", RCyS 2009-VIII, 154; ídem, S ala M, 11/03/2010, "Forziati, Claudio Néstor c. F., A. M. y otros", La Ley Online, AR/JUR/3724/2010; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala II, 30/08/2012, "S., F. A. c. L. E. R. s/daños y perjuicios", RCyS 2012-XII, 210)…" (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, V., A. c. R., J. y otro s/ daños y perjuicios 07/04/2014 Publicado en: RCyS 2014-XII, 121 Cita online: AR/JUR/43845/2014).

5.1. Ahora bien, es cierto que el art. 522 del Código Civil aplicable en el caso por su vigencia al momento de producirse el hecho, prevé la posibilidad de reparar el agravio moral causado en los casos de indemnización por incumplimiento contractual de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso. Pero también lo es que el resarcimiento de este perjuicio es de carácter excepcional y de interpretación restrictiva, debiendo exigirse, en todos los casos, la prueba concreta del detrimento espiritual que se alega haber sufrido.

Es que, debe insistirse en esto, cuando la responsabilidad tiene naturaleza contractual, este perjuicio debe ser considerado con rigor y, por lo tanto, su prueba es a cargo de quien lo reclama, no bastando el incumplimiento de las obligaciones contraídas. (cfr. Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala B, 9/12/1980, "Terrén de Céspedes c/ Even S.A.", LL 1981-B, pág. 409).

Y, por ello es que se ha señalado que "no cualquier molestia, desagrado o aflictiva situación derivada del solo incumplimiento de un contrato puede generar de por sí un resarcimiento por daño moral a favor de la víctima, si no se demuestra clara y concretamente que dicho incumplimiento ha producido una lesión directa en los valores más hondos de la personalidad humana, que hacen al mundo de sus afectos íntimos" (cfr. autos Tappa, de esta Sala).

En autos, el actor pretende que se indemnice este rubro invocando la mala atención dispensada por el profesional, en la frustración y decepción de conocer el resultado, en el sentimiento de sentirse como un tonto al descubrir lo acontecido.

Esta formulación encontraría fundamento en las declaraciones de los testigos y en los términos de la pericia psicológica practicada en autos.

Y en este punto también debe reconocerse que asiste razón al demandado en su crítica, en tanto el padecimiento espiritual al que estos medios de prueba hacen referencia, no se circunscriben exclusivamente a la mala práctica profesional, sino a las secuelas del accidente, aspectos que, conforme señala en el inicio de este punto de análisis, deben ser deslindados (ver pericia de hojas 235/236; testimoniales de hoja 256 vta, contestación a la séptima pregunta; de hoja 258 vta/259, respuestas a la pregunta cuarta y séptima y última pregunta de la ampliación).

En orden a lo expuesto, considerando el necesario deslinde que corresponde efectuar, estimo que cabe receptar parcialmente el agravio y reducir el daño moral, el que se estima prudencialmente, y tomando como parámetro lo fijado en otros casos, en la suma de $10.000.

6. En cuanto al agravio del demandado relativo a los intereses, su crítica es insuficiente, demostrando una simple discrepancia con lo decidido, sin indicar siquiera cual es la fecha desde que –conforme a su criterio- sería adecuado fijarlos.

Más allá de ello, estimo que, en el caso, la fijación es correcta en tanto deben correr desde la fecha del decreto de caducidad de instancia, pues ella ha sido precisamente el basamento o causa fuente para el inicio de las presentes actuaciones (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en causa ya citada).

7. En cuanto a las costas de la instancia de origen, debo señalar que la regla general contenida en el artículo 68 del C.P.C.C. establece que ellas deben imponerse de conformidad al resultado obtenido por los litigantes con relación a las pretensiones deducidas en la causa: la parte vencida es condenada al pago de todas las costas generadas por el juicio, a menos que el Juez encuentre mérito para eximirla total o parcialmente; en este caso, deberá brindar los fundamentos suficientes para sustentar esa decisión, bajo pena de nulidad.

El principio objetivo de la derrota, entonces, determina la condena en costas en el proceso civil.

Ahora bien, si el resultado del pleito fuere parcialmente favorable a ambas partes, es decir, si hubiese éxitos y fracasos recíprocos, de conformidad a las pautas brindadas por el artículo 71 del Código Procesal, las costas deberán imponerse prudencialmente a cada una de ellas, según el éxito obtenido en las pretensiones deducidas.

Tales reglas, sin embargo, deben ser tamizadas por la naturaleza eminentemente resarcitoria del proceso de daños, lo cual ha llevado a una parte de la doctrina y de la jurisprudencia nacional y local, a sostener que las costas deben ser soportadas en su integridad por el causante del menoscabo, aunque no prosperare la totalidad del monto pretendido, sino solamente una parte de él.

No obstante ello, tal posición no es unánime y ha sido atemperada, desde una perspectiva, si se quiere, más acorde a la justicia distributiva:

"…si la pretensión se admite parcialmente -porque sólo se reciben algunos de los ítems indemnizatorios o porque se admiten por montos inferiores a los pedidos- el peticionante debe asumir proporcionalmente las gabelas causídicas del proceso resarcitorio entablado, pues en tales supuestos su éxito no fue total sino meramente parcial… Ahora bien, la imposición distributiva que propiciamos no puede sostenerse de manera radical y absoluta, ofrece matices que inexorablemente deben atenuar su rigor, siempre relacionados con las particularidades fácticas de cada caso concreto.

Y además, la admisión o el rechazo parcial de la demanda tampoco puede implicar una distribución automática, objetiva y matemática de las costas entre las partes contendientes. El criterio matemático debe sustituirse por el jurídico, que bajo la prudencial mirada del juez compute diversas circunstancias que pudieron incidir en el resultado parcialmente exitoso o adverso del pleito, para una o para ambas partes.

El reparto no estriba en mensurar cuanto se demandó y cuanto prosperó sino, más bien, en analizar la entidad de las pretensiones deducidas y acogidas y, conforme a ellas, fijar la imposición (cfr. Freytes, Alejandro, "Algunas reflexiones

acerca de la imposición de las costas en el proceso de daños y perjuicios" Publicado en: LLC 2012 (mayo), 369. Ver en este sentido, también: "Mosset Iturraspe, Jorge "Sobre temeridad y malicia y acerca de las costas en las derrotas parciales", publicado en: LA LEY 01/07/2009, 4 - LA LEY 2009-D, 310, Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños 3, El proceso de daños, pág. 390 y ss.).

Lo cierto es que no siempre es sencillo establecer quién es el vencedor y quien el vencido en un juicio: a veces, pasa por la simple verificación de que la demanda ha sido acogida; en otros, no lo es tanto; hay casos en que si bien globalmente prospera la demanda, el reclamo no es receptado en forma íntegra, ya sea porque no han sido acreditados los presupuestos para que determinados rubros se acojan o porque los que han prosperado, lo han sido en forma ínfima, presentándose como pretensiones desmesuradas.

"De lo que se trata, entonces, es de medir el éxito de la pretensión que es llevada a juicio. Sin embargo, a nuestro modo de ver, no se trata de efectuar una medición cuantitativa y aislada de cada una de las cuestiones decididas sino de valorar la trascendencia de lo admitido y lo desestimado tomado en su conjunto para, de tal modo, considerar la forma como habrán de distribuirse las costas entre los distintos protagonistas del litigio…La distribución debe hacerse en proporción al éxito obtenido en el pleito. Debe determinarse quién resultó sustancialmente vencedor o vencido, haciendo mérito en cada caso de la medida e importancia de las pretensiones que fueron favorablemente acogidas o rechazadas.

De seguir estos pasos estarán dadas las condiciones para arribar a una decisión que consagre un resultado justo y equitativo. Claro que ello dependerá de las circunstancias particulares del supuesto que se decide y, en especial, de la prudencia del juzgador en su valoración…" (cfr. Pettis, Christian R. "Las costas y el vencimiento parcial y mutuo (art. 71 del Código Procesal)", Publicado en: DJ 2007-III, 519 - LA LEY 28/11/2007, 8 - LA LEY 2007-F, 669).

Sobre estas bases, entiendo que corresponde efectuar un análisis particularizado y conforme a las circunstancias del caso, con las siguientes prevenciones iniciales: a) tanto para la configuración del vencimiento recíproco, como para su evaluación cuantitativa, no corresponde computar aquellos rubros en los que la determinación de la indemnización depende del exclusivo y prudente arbitrio judicial, salvo excepcionales casos de notoria desproporción; b) la ponderación del equilibrio con que cabe aplicar las costas, en consideración a los vencimientos recíprocos, debe practicarse con criterio más jurídico que aritmético; c) en esta última línea, evaluar si el condenado a resarcir negó su responsabilidad y dio causa a la promoción de la acción y si la demasía en el reclamo pudo evitarse (aspectos éstos últimos que se encuentran relacionados con el regular ejercicio de los derechos).

En suma y como señala la ya citada Matilde Zavala de González, en cita de Estevez Brasa "…la equidad -principio sustancial que impregna todo el ordenamiento jurídico- no puede dejar de inspirar también la carga de las costas, atenuando el principio del vencimiento objetivo: la equidad debe funcionar en materia de imposición de costas como medio valedero de asegurar a los justiciables no sólo la verdad de sus pretensiones sino la comprensión de sus respectivas posturas. En definitiva: ésta es la esencia del derecho aplicado por obra del juez…" (cfr. op. cit. pág.

Entrando ya de lleno a la solución del recurso y si, conforme lo expusiera, entiendo que la prudencialidad con la que los jueces debemos evaluar la distribución de las costas significa que la proporción con el éxito no puede ser la estrictamente matemática y hay un margen de flexibilidad decisoria, acorde a las particularidades del caso; desde allí que, aún cuando se considerara que el actor ha resultado vencido en cierta porción de sus pretensiones, pueda ser eximido, si existe mérito para ello.

En tal orden de ideas, no puede dejar de valorarse que el demandado desconoció su responsabilidad, la que fue establecida. Por estas consideraciones, entiendo que prudencialmente estimadas todas las constancias de la causa, las costas de origen deben ser soportadas en la proporción del 20% a cargo de la actora y en 80% a cargo del demandado.

5. Por las razones expuestas, propicio: a) el rechazo del recurso interpuesto por la parte actora, en todo cuanto ha sido materia de agravios por su parte, con costas a su cargo; b) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la demandada y, en consecuencia, reducir el importe del daño moral a la suma de $10.000, dejar sin efecto la condena en concepto de daño emergente y modificar la imposición de costas de la instancia de origen,

estableciendo que las mismas deberán ser soportadas en un 20% a cargo del actor y en un 80% a cargo de la demandada. Las de esta Instancia serán impuestas en el orden causado. La regulación de honorarios se fijará en el 30% de lo que se fije en la instancia de origen, cuando se cuente con pautas para ello. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto

SE RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia de fs. 314/319, reduciendo el importe del daño moral a la suma de pesos DIEZ MIL ($10.000) y dejar sin efecto la condena en concepto de daño emergente, por lo que el monto de condena se reduce a la suma de pesos DIEZ MIL ($10.000).

2.- Imponer las costas de la instancia de origen en un 20% a cargo del actor y en un 80% a cargo de la demandada y las de esta Instancia, en el orden causado.

3.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado. (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"DIRECCION PCIAL. DE VIALIDAD C/ CORTONA MARCELO LUIS S/ EXPROPIACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 398884/2009) – Sentencia: 27/16 – Fecha: 18/02/2016

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

HONORARIOS DEL ABOGADO. EXPROPIACION. BASE REGULATORIA. INTERESES. EXCLUSION.

En los supuestos de expropiación la Sala II (Expte. Nº 338336/6) ha dicho que la base regulatoria, está reglamentada en el art. 29 de la Ley 1594, que remite a la ley 971, remitiendo al art. 6 de la mencionada ley que establece: "Los honorarios, en caso de corresponder su estimación, se regularán teniendo en cuenta exclusivamente, la diferencia entre la suma fijada en definitiva y la cantidad que se ofreció por el Estado provincial ante el Tribunal de tasaciones, hasta cuya oportunidad, podrá modificar su propuesta. En ningún caso se tendrá en cuenta para ese cálculo, el monto de los intereses devengados durante la secuela del juicio".

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de Febrero del año 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "DIRECCION PCIAL. DE VIALIDAD C/ CORTONA MARCELO LUIS S/ EXPROPIACION" (EXP Nº 398884/2009) venidos en apelación del Juzgado Civil N° CUATRO a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y

CONSIDERANDO:

I.- Que vienen estas actuaciones a la Sala en virtud del recurso interpuesto por el patrocinante de la demandada, Dr. ..., por propio derecho, contra los montos regulados a su favor en la resolución interlocutoria de fs. 200/201, por considerarlos bajos.

Cuestiona el quejoso la base regulatoria utilizada por la jueza de grado, señalando que los honorarios debieron regularse de conformidad a las pautas del art. 20 de la ley 1594, adicionando los intereses que surgen de la planilla de liquidación aprobada, de conformidad con dicha normativa.

Corrido traslado del memorial a la contraria, es contestado a fs. 217 y vta., pidiéndose el rechazo del recurso interpuesto, por cuanto la regulación efectuada se corresponde con lo dispuesto en el art. 41 de la ley 804.

II.- Al entrar al estudio de la causa se advierte que el recurso no ha de prosperar.

Es que el valor tomado como referencia por la jueza de grado para fijar la base regulatoria se corresponde con la normativa dispuesta en el art. 29 de la ley arancelaria, y éste remite a las disposiciones pertinentes de las leyes 971 y 804, específicas en la materia, y ello no fue atacado por el quejoso, no indicando en ningún párrafo de su apelación los motivos por los cuales era errónea la aplicación de dicha normativa, refiriéndose solo a la inclusión de los intereses en la base regulatoria, conforme el art. 20 de la ley 1594, cuando al respecto debió centrar su crítica en demostrar la inaplicabilidad del art. 29.

Así debe señalarse que la Jueza de la instancia de grado realizó el justiprecio de los honorarios en base a lo dispuesto por la normativa del art. 41 de la Ley N° 804, modificado por la Ley N° 971, que excluye los intereses devengados durante la secuela del juicio para realizar ese cálculo (cfr. Acuerdo TSJ N° 15/2015, mencionado por esta Sala en Exp. Nº 330292/2005).

También la Sala II (Expte. Nº 338336/6) ha dicho que la base regulatoria, está reglamentada en el art. 29 de la Ley 1594, que remite a la ley 971, remitiendo al art. 6 de la mencionada ley que establece: "Los honorarios, en caso de corresponder su estimación, se regularán teniendo en cuenta exclusivamente, la diferencia entre la suma fijada en definitiva y la cantidad que se ofreció por el Estado provincial ante el Tribunal de tasaciones, hasta cuya oportunidad, podrá modificar su propuesta. En ningún caso se tendrá en cuenta para ese cálculo, el monto de los intereses devengados durante la secuela del juicio".

Así, se efectúan los cálculos de rigor de conformidad con las pautas que habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, y lo dispuesto por los arts. 6, 7 y 29 de la Ley Arancelaria vigente, de lo que se observa que las sumas fijadas al recurrente resultan acordes a las citadas pautas, por lo que se impone su confirmación.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Confirmar los honorarios regulados en la resolución interlocutoria de fs. 200/201 al Dr. ..., patrocinante de la demandada, por ser ajustados a derecho.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"VESPOLI NESTOR ANTONIO C/ SEPULVEDA MARISOL Y OTRO S/ D. y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 419044/2010) – Sentencia: 25/16 – Fecha: 18/02/2016

DERECHO CIVIL: Accidente de tránsito.

DAÑOS Y PERJUICIOS. ASEGURADORA. EXCLUSION DE COBERTURA. LICENCIA DE CONDUCIR. FALTA DE LICENCIA DE CONDUCIR.

Cabe hacer lugar a la defensa de exclusión de cobertura interpuesta por la aseguradora citada en garantía, toda vez que en el sub lite no se encuentra controvertido que el demandado no poseía carnet habilitante al momento del accidente.

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de febrero de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VESPOLI NESTOR ANTONIO C/ SEPULVEDA MARISOL Y OTRO S/ D. y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)" (EXP N° 419044/2010) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO.3 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 321/326 apeló la citada en garantía la sentencia de fs. 289/297 que hizo lugar a la demanda iniciada contra Marisol Sepúlveda, Nicolás Sepúlveda y Aseguradora Federal Argentina S.A., condenándolos a abonar al actor la suma de $90.000, con más intereses y costas.

Se queja por el rechazo de la defensa de exclusión de cobertura. Dice que se encuentra acreditado que al momento del hecho el Sr. Nicolás Sepúlveda no contaba con matrícula habilitante para conducir y que de conformidad con lo establecido por la cláusula 22 inc. 10) de la póliza de seguros, corresponde declinar la cobertura.

Se refiere a la delimitación del riesgo, señalando que las cláusulas de exclusión de cobertura o de no seguro o no garantía deben ser razonables y responder a necesidades técnicas del seguro.

Alega que la existencia de carnet habilitante configura una obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor por la Ley de Tránsito N° 24.449, Arts. 13, 14, 72, 83, 86 y concordantes.

Además, cuestiona el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa.

Manifiesta que la parte actora no ha acreditado ser el titular ni tenedor del vehículo, que sólo acompañó una copia simple de la cédula de identificación del automotor (cédula azul), que implica la autorización otorgada por el titular para conducir el vehículo. Que el actor carece de legitimación para peticionar el valor del vehículo, principalmente porque éste reclama en concepto de daños materiales el valor total del móvil siniestrado y además que no se descontó el monto correspondiente a los restos del rodado.

Además, critica por excesivo el valor otorgado en concepto de gastos materiales al automotor. Que si bien es cierto que, de acuerdo al informe pericial, la reparación del vehículo siniestrado alcanzaba la suma aproximada de $60.000, ha quedado acreditado que la reparación es antieconómica y que, en consecuencia, dicho importe constituía la suma máxima a indemnizar. Que el A-quo debió aclarar cual era la solución que iba a tomar respecto a los restos del vehículo siniestrado y, si se los otorgaba al actor, debió cuantificarlos y restar el importe a la suma otorgada en concepto de reparación.

Por otra parte, se queja en relación a los rubros privación de uso y daño moral. Se agravia porque el Sentenciante determinó en forma conjunta el importe indemnizatorio de ambos rubros, sin individualizar que importe corresponde a cada uno.

Sostiene que la jurisprudencia local ha rechazado el rubro cuando solamente se han producido daños materiales al vehículo, sin daño físico por parte de los actores. Agrega que el monto otorgado es elevado.

A fs. 330/331 la actora contestó los agravios y a fs. 332/336 hicieron lo propio los demandados. Todos solicitaron el rechazo del recurso de la contraria, con costas.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277) y, en ese marco, corresponde analizar el recurso.

1. Luego, en punto al primer agravio del recurrente relacionado con la falta de carnet habilitante del Sr. Nicolás Matías Sepúlveda, adelanto que el mismo resulta procedente.

Es que resulta aplicable la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia donde sostuvo que: "La temática planteada constituye un aspecto sumamente importante de la problemática asegurativa: las situaciones excluidas de la cobertura".

"El supuesto de referencia es uniformemente excluido del amparo de las pólizas argentinas de seguro de automotores (cfr. Halperin, Morandi, Seguros, T. II, pág. 552/554 y Meilij, Manual de Seguros, pág. 140, citados en Acuerdo N° 14/2003, ya citado). La expresión "en la medida del seguro", contenida en el Art. 118, 3° párrafo, de la Ley 17.418, significa que el seguro se encuentra limitado no sólo por un tope monetario sino también por las diversas limitaciones o exclusiones de responsabilidad que se estipulen en el contrato".

"Sabido es que el punto central del seguro lo constituye el riesgo, evento alrededor del cual giran todos los aspectos de la relación asegurada, toda vez que la responsabilidad del asegurador depende de la realización del siniestro que ampara".

"Éste ha sido caracterizado como la contingencia o probabilidad de provocar el acaecimiento de un daño a tercero y su fundamento radica en la incorporación al medio social de un elemento dotado de peligrosidad. Por ello, el riesgo debe ser cuidadosamente individualizado y precisado (cfr. Acuerdo N° 25/01, del citado Registro)".

"De esta manera, puede decirse siguiendo a Nicolás H. Barbato, que al establecer el contenido del contrato de seguro, se efectúa la mención del riesgo genérico a cubrir y luego se señalan diversas hipótesis que van acotando el ámbito dentro del cual regirá la cobertura otorgada. Tal determinación resulta de un procedimiento que permite distinguir dos fases: a) La individualización del riesgo consistente en la indicación de la naturaleza del hecho de cuyas consecuencias se busca amparo (por ejemplo: daño a terceros, etc.); y b) La determinación del riesgo, que resulta de la fijación de límites concretos a ese riesgo genérico".

"Cuando dicha delimitación es de naturaleza convencional –que es la que tiene lugar en la mayoría de los casos- se traduce en cláusulas denominadas "de exclusión de cobertura" o "de no–seguro". Estas cláusulas señalan hipótesis que, o bien resultan inasegurables, o bien son intensamente agravantes del riesgo y, por ello, son colocadas fuera de la cobertura (aut. cit.,

"Exclusiones a la cobertura en el contrato de seguro", E.D. 136-547)".

"Las cláusulas de exclusión de cobertura aparecen con un marcado carácter de objetividad, acentuado por la circunstancia de tratarse de cláusulas cuyo diseño y contenido están íntimamente vinculados a la técnica aseguradora.

Cuando mencionan conductas no lo hacen desde una óptica que atienda a la interioridad del sujeto que las ejecuta, sino más bien como una descripción de hechos externos –actos vistos "desde afuera"- considerados en función de la técnica del seguro (esencialmente lo relativo a la probabilidad siniestral) (cfr. Nicolás H. BARBATO, ob. cit.)".

"La verificación de la legitimidad de la exclusión torna necesario analizar la finalidad a la que responde, para establecer si resulta razonable y acorde a la ley y si no contraría principios esenciales o normas inderogables".

"En el caso, tal finalidad estriba en la existencia de idoneidad para la conducción del rodado, ya que ésta resulta de vital importancia a los fines de la probabilidad siniestral. Es evidente que una persona que no sepa conducir debidamente, aumentará en forma notable la probabilidad de ocurrencia del siniestro. Resulta también claro que el análisis técnico y estadístico que está en la base de la configuración de la cobertura toma en cuenta situaciones en las que el riesgo está constituido por los sucesos típicos de la rama, pero no los derivados de la falta de idoneidad en la conducción. Esa idoneidad es requerida con carácter de exigencia básica, configurando un verdadero presupuesto técnico".

"A su vez, en la estructuración de ese presupuesto se adopta una forma específica. En lugar de enunciar como condición del amparo la acreditación concreta, en cada caso, de la idoneidad para el manejo, lo que llevaría a un engorroso examen que podría derivar en dificultades prácticas frecuentes y en eventuales arbitrariedades en la evaluación de algunos casos, se optó por aprovechar el procedimiento que realiza la autoridad para habilitar a los conductores para el manejo, y se convirtió a dicha habilitación en una circunstancia objetiva, cuya existencia se plantea en la póliza como condición de cobertura (conf. Barbato, ob. cit.). En definitiva, esta causal de exclusión de cobertura proviene de un enfoque técnico: constituye presupuesto esencial del amparo, que el conductor posea idoneidad para el manejo, pues en caso contrario el riesgo se vería agravado y podría resultar inasegurable, o habría que cobrar una prima muy superior, proporcionada a esa agravación".

"La función social que posee el contrato de seguro no constituye argumento suficiente para omitir una cláusula de exclusión de cobertura como lo es la carencia de habilitación para conducir, máxime cuando la exigencia de carnet habilitante configura una obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor (conf. STMisiones, L.L. 1999-F, 794)".

"Resulta revelador de la importancia de poseer registro habilitante, que su emisión o reválida conlleva un control de la capacidad psicofísica de su portador, que revela dicho instrumento público."

"Conforme el desarrollo que precede, se concluye que el análisis efectuado por la Jueza de Primera Instancia en torno a la exclusión de garantía de la Aseguradora, resulta ajustado a derecho, por lo que también se rechaza el presente agravio" (TSJ, Ac. N° 45/15, en autos "VILLAGRAN, ENRIQUE OMAR Y OTRO CONTRA CHANDÍA, JOSÉ RICARDO Y OTRO SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte. Nro 151 - año 2012)".

En el caso de autos, no se encuentra controvertido que el demandado Nicolás Matías Sepúlveda no poseía carnet habilitante al momento del accidente y, en consecuencia, el agravio de la citada Aseguradora Federal Argentina S.A. resulta procedente conforme la jurisprudencia citada.

Asimismo, cabe señalar que lo expuesto por la actora al contestar el traslado de la defensa de exclusión de cobertura en cuanto a la falta de pronunciamiento de la aseguradora dentro del plazo dispuesto por el artículo 56 de la ley de seguros, no resulta suficiente a los fines de conmover tal conclusión. Ello, porque conforme surge de fs. 8, el Sr. Véspoli efectuó el reclamo ante la Aseguradora mediante CD de fecha 18 de febrero de 2010, y Aseguradora Federal Argentina S.A. remitió en fecha 10 de marzo de 2010, comunicación a su asegurado, Sr. Eduardo Sepúlveda, haciéndole saber que declinaba toda responsabilidad en el evento en cuestión, lo que se encuentra corroborado por la pericial contable de fs. 213/214.

A partir del acogimiento del primer agravio de la recurrente respecto a su defensa de exclusión de cobertura, resulta inoficioso el tratamiento de los restantes agravios de la citada en garantía.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación deducido por la citada en garantía a fs. 321/326 y, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 289/297, haciendo lugar a la excepción de exclusión de cobertura deducida por Aseguradora Federal Argentina S.A. a fs. 56/57 y confirmarla en lo demás que ha sido materia de recursos y agravios e imponer las costas de ambas instancias a los demandados vencidos, Nicolás Matías Sepúlveda y Marisol Sepúlveda (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el Dr. Pascuarelli.

Es que como indicara al emitir mi voto en autos "FIGUEROA ALICIA ESTER C/ OLIVERA PATRICIO ALEJANDRO S/ D. y P. X USO AUTOM C/ LESION O MUERTE" (EXP Nº 468603/2012), del registro de esta Sala, con remisión a autos "BRITO CONTRERAS JUVENAL CONTRA LAGOS HAYDEE VIVIANA Y OTROS S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. Nº 386457/9), del registro de la Sala II:

"…la aseguradora ha denunciado una cláusula de no seguro, de exclusión de cobertura o no garantía, cual es la prevista en EXCLUSIONES A LA COBERTURA, EXCLUSIONES ESPECIFICAS II PARA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑOS (CAPITULO A y B) inc. g que dice: "mientras sea conducido por personas que no estén habilitadas para el manejo de esa categoría de vehículos por autoridad competente", y no se encuentra controvertido en autos que, al momento del accidente, el vehículo asegurado era conducido por la Sra. Haydeé Viviana Lagos, quien carecía de carné de conductor.

Es que, como con su claridad habitual, explica Kemelmajer de Carlucci:

"…El contrato de seguro debe mencionar el riesgo asegurado. Normalmente, una cláusula prevé el riesgo genérico a cubrir (por ej., incendio) y luego se señalan diversas hipótesis que van acotando el ámbito dentro del cual regirá la cobertura otorgada (por ej., se excluyen incendios producidos por actos de terrorismo). O sea, normalmente, la individualización del riesgo se hace con indicaciones positivas y luego, indicaciones negativas ayudan a la individualización.

La determinación, entonces, implica dos fases:

- La individualización del riesgo, consistente en la indicación de la naturaleza del hecho de cuyas consecuencias se busca amparo (incendio, robo, granizo, muerte, etc.).
- La delimitación del riesgo que resulta de la fijación de límites concretos a ese riesgo.

Cuando la delimitación de ese riesgo es de naturaleza convencional, aparecen las llamadas cláusulas de exclusión de cobertura o de no seguro o no garantía. Estas cláusulas "señalan hipótesis que, o bien resulta inasegurables, o bien son intensamente agravantes del riesgo y por ello son colocadas fuera de la cobertura. Otras veces constituyen simples menciones objetivas de lugares, personas o cosas, dirigidas a fijar ámbitos en los que operará el seguro (Conf. Stiglitz-Stiglitz, Seguro contra la responsabilidad civil, Bs. As., A. Perrot, 1991, n 137, pág. 280 y ss).

En otros términos, la delimitación del riesgo consiste en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos; implica un no seguro, ausencia de tutela o garantía, la existencia de daños no asumidos (Soler Aleu, Amadeo, El nuevo contrato de seguros, Bs. As., ed. Astrea, 1970, pág. 66).

Hay consenso en que la extensión del riesgo y los beneficios otorgados deben ser interpretados literalmente, ya que lo contrario provocaría un grave desequilibrio en el conjunto de operaciones de la compañía (Halperín, Isaac, Seguros, 2 ed., actualizada por JCF Morandi, Bs. As., Depalma, 1986, t. II, pág. 503 y ss).

Ahora bien, estas cláusulas, como sucede en el ámbito de toda negociación, deben ser razonables y responder a necesidades técnicas del seguro. No se deben erigir en supuestos formales, en preceptos rituales, vacíos de contenido razonable (Compulsar Barbato, Nicolás H., Exclusiones a la cobertura en el contrato de seguros, ED 136-547)".

La decisión que vengo glosando también afirmó que "las cláusulas de exclusión de la cobertura o de no seguro y las cláusulas de caducidad producen el mismo efecto esencial: el asegurado no percibe la prestación comprometida por el asegurador. Sin embargo, y aunque en algún caso la confusión de ambos tipos de cláusulas es posible, sus diferencias son notables. Según la opinión mayoritaria, se distinguen porque:

a) Las cláusulas de caducidad son sancionatorias; imponen una pena; las de exclusión de cobertura son descriptivas, limitándose a indicar en qué supuestos no quedan comprendidos, ab initio, determinados riesgos.

b) Las cláusulas de caducidad suponen una situación originariamente cubierta por el contrato; las de exclusión de la cobertura, en cambio, colocan los supuestos que describen fuera del amparo del contrato desde el inicio de éste.

En tal sentido ha dicho el Supremo Tribunal español que "las cláusulas delimitadoras del riesgo no limitan los derechos del asegurado sino que delimitan el riesgo asumido en el contrato, su contenido, el ámbito al que el mismo se extiende, de manera que no constituyen una excepción que el asegurador pueda oponer al asegurado sino que, por constituir el

objeto contractual excluye la acción del asegurado, que no ha nacido, puesto que el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato (ST España, 9/2/1994,
Cuadernos civitas de jurisprudencia civil, n 35, 1994, pág. 526, con nota aprobatoria de María A. Calzada Conde).
c) Las cláusulas de caducidad quedan sujetas al régimen fijado para cada supuesto y, en general, al art. 36 de la L.S; las de exclusión, en cambio, no tienen un tratamiento específico en el régimen legal.
d) El asegurador que alega la caducidad debe probarla; en cambio, es el asegurado quien debe acreditar que el siniestro se ubica entre los riesgos tomados por la aseguradora para que se aplique la garantía.
e) La caducidad autoriza la rescisión del contrato; el no seguro o no garantía, no.
f) Las cláusulas de caducidad sólo son oponibles a terceros si se trata de defensas nacidas con anterioridad al siniestro. Las de exclusión a la cobertura, en cambio, resultan del contenido mismo del contrato, son siempre anteriores al siniestro y oponibles a los terceros, aún el trabajador en el seguro de accidente de trabajo"…."
"…La Suprema Corte de la provincia de Bs. As. resuelve de modo constante que la cláusula de la póliza que excluye los siniestros producidos por vehículos conducidos por personas que no están habilitadas para su manejo puede ser válidamente opuesta a la víctima si se ha probado que el conductor del automotor carecía de carné habilitante (SCBs. As., 2/5/1989, LL 1989-E-129; 15/5/1990, LL 1990-D-356). En seguimiento de esta doctrina judicial, los tribunales ordinarios de la provincia de Buenos Aires resuelven que es oponible al actor una cláusula que excluye el deber de indemnidad, que resulta de las condiciones generales de la póliza, que es anterior a la producción del siniestro, y que consiste en la falta de habilitación para conducir (Cám. 1 CC Bahía Blanca, 20/6/2000, La Ley Bs. As., 2000-1461).
A igual solución ha llegado el Superior Tribunal de Misiones en sentencia del 13/4/1998 (La Ley Litoral 1999-884), quien luego de recordar la diferencia entre cláusulas de caducidad y de delimitación del riesgo, resolvió que es oponible al tercero la cláusula que excluye de cobertura el daño producido por el vehículo asegurado si era conducido por persona no autorizada. Sostuvo el tribunal, al igual que lo hace la sentencia recurrida, que "la función social que posee el contrato de seguro no configura argumento suficiente para omitir considerar la existencia de una cláusula de exclusión de la cobertura, como lo es la carencia de habilitación para conducir, máxime cuando la exigencia de carné habilitante configura una obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor".
"…Las pautas antes reseñadas llevan, inexorablemente, a confirmar el decisorio recurrido desde que:
1. Se ha invocado una cláusula de delimitación del riesgo que nada tiene de irrazonable. Por el contrario, la carencia de un carné de conductor y la conducción por parte de un menor que no ha alcanzado la edad para obtener esa autorización estatal implica asumir un riesgo adicional, que no puede ser cubierto por la aseguradora sin debilitar significativamente la ecuación económica del contrato.
2. Esta cláusula de delimitación del riesgo, a diferencia de la cláusula eximitoria analizada en el precedente del 24/5/1988 no contradice ninguna norma imperativa de la ley de seguros.
3. Consecuentemente, lo resuelto no contraría la jurisprudencia de esta Sala.
4. Tampoco contraría la ley 24.240 de protección de los consumidores pues, como he explicado, la cuestión se vincula al riesgo asegurado y, consecuentemente, a la ecuación económica del contrato…" (cfr. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, n 75.217 caratulada: "Martínez Hnos. y Ot. en j 102.251 Lucero, Oscar Ramón c/ Raúl Alberto Martínez y Ot. p/ D. y P. s/ Cas." 09/06/03).
Desde estas premisas, no advierto que la cláusula se presente como abusiva y, tampoco, que la alegada falta de comunicación determine su improcedencia.
II. En cuanto al primer aspecto, no sólo que no se encuentra cuestionada en concreto la razonabilidad de la cláusula de exclusión, sino que tampoco encuentro –tal como lo adelantara al citar el voto de la Dra. Kemelmajer- que ésta sea abusiva.
En este sentido, señala Barbato que la falta de carnet de conducir es una exclusión de cobertura objetiva que hace a la idoneidad para conducir; es una delimitación impuesta al riesgo asegurado y no una causal de caducidad, por lo que no puede hablarse de culpa. La falta de registro para conducir, prevista inicialmente en la póliza, se deja fuera del amparo porque podría ser inasegurable o habría que cobrar una prima muy superior. Stiglitz opina, coincidentemente,

que la falta de registro habilitante para conducir es un supuesto válido de delimitación (que él califica de "subjetiva"), porque "se procura evitar que el automotor sea conducido por quien es inepto para ello, pues de lo contrario se incrementa anormalmente el riesgo, favoreciendo la protección patrimonial de una conducta generadora de severo peligro para la sociedad" (cfr. Compiani, María Fabiana, Stiglitz, Rubén S. "Interpretación de las exclusiones de cobertura en el contrato de seguro", RCyS 2003, 375).

Y en este sentido se ha indicado, en criterio que comparto: "…Es oponible al actor la cláusula que excluye el deber de indemnizar, que resulta de las condiciones generales de la póliza, que es anterior a la producción del siniestro y que consiste en la falta de habilitación para conducir, máxime cuando la exigencia de carnet habilitante configura una obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor por la ley de tránsito n° 24.449 arts:. 13, 14, 72, 83, 86 y concordantes. El art. 39 prescribe que es requisitos para poder circular que el conductor esté habilitado para conducir ese tipo de vehículo y que lleve consigo la licencia correspondiente en tanto que el art. 49 dispone que está prohibido en la vía pública: a) conducir...sin la licencia especial correspondiente..., cuando...las licencias habilitantes, estuvieran vencidas.

La Suprema Corte de la Provincia de Bs.As. resuelve, de modo constante, que la cláusula de la póliza que excluye los siniestros producidos por vehículos conducidos por personas que no están habilitadas para su manejo, puede ser válidamente opuesta a la víctima si se ha probado que el conductor del automotor carecía de carnet habilitante (S.C.Bs.As., Fallo del 2.5.1989, L.L. 1989-E-129;; Ídem del 15.5.1990, L.L. 1990-D-356). Asimismo, el Superior Tribunal de Misiones, en sentencia del 13.4.1998 (L.L. Litoral, 1999-884) se expidió en sentido concordante, señalando que "la exigencia de carnet habilitante configura un obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor… Dicha cláusula, nada tiene de irrazonable, y libera al asegurador de afrontar el pago de la indemnización reclamada, toda vez que a la fecha del accidente ocurrido el 12.1.2002 el conductor no estaba habilitado por la autoridad competente para hacerlo, lo que implicó asumir un riesgo adicional, que no puede ser cubierto por la aseguradora, sin debilitar significativamente la ecuación económica del contrato. Esta cláusula, de delimitación del riesgo no contradice ninguna norma imperativa de la Ley de Seguros toda vez que el registro de conductor expedido por la Municipalidad de San Isidro expedido el 13.5.1995 caducó su vigencia el 13.5.2000, circunstancia que ha sido reconocida expresamente por el demandante y está corroborada por el informe producido en fs. 295.

El sentido de esta exclusión del riesgo, es procurar evitar que el automotor sea conducido por quien es inepto para ello, pues de lo contrario se incrementaría anormalmente el riesgo, favoreciendo la protección patrimonial de una conducta generadora de severo peligro para la sociedad. En tales condiciones, si el vehículo es conducido por quien carece de registro habilitante, se produce contractualmente un supuesto de inexistencia de cobertura y no puede la víctima pretender que la condena alcance a la aseguradora de quien al momento del accidente carecía por ese motivo de vínculo con el responsable. Se trata, como se ha dicho, de un supuesto de limitación del riesgo o de no seguro en el que resultan extrañas las consideraciones relativas a la función social del seguro y la protección de la víctima..." (C.N.Civil, Sala H, in re "Herrera Verónica c/ Portillo Nélida", diciembre 26 de 1996)…" (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, voto del Dr. Sanchez, Berretta, Mónica Ercilia y otros c. Diálogo Publicidad S.A. y otros 29/06/2010 Publicado en: RCyS 2011-I , 132 Cita on line: AR/JUR/41298/2010).

III. En cuanto al segundo aspecto, tratándose de un supuesto claro de exclusión de cobertura o de no seguro, no es aplicable el artículo 56 de la LS, por lo cual, el asegurador podía alegarla al momento de contestar la demanda en el juicio.

Ello así, aún cuando nos enrolemos en la tesis intermedia "…que atiende a las circunstancias del caso y afirma que el art. 56 rige también para los supuestos de ausencia de cobertura, salvo que el asegurado pretenda indemnización por riesgos manifiestamente excluidos por la cobertura, o ab initio claramente excluidos, o si medió dolo del asegurado, o si el asegurador no tuvo posibilidad material de determinar la exclusión en el plazo previsto (en este sentido, KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 193; CACERES CANO, El silencio del asegurador y sus efectos. Art. 56 de la ley 17.418, ED 134-275)…" (cfr. Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercia de Cordoba, "MAZZEO, SALVADOR Y OTROS C/

PALACIOS, MIGUEL Y OTROS - ORDINARIO - DAÑOS Y PERJ. - ACCIDENTES DE TRANSITO - RECURSO DE APELACIÓN - EXPTE N° 00017158/36).

Es que además, como indica Guffanti "…el silencio del asegurador que se deriva del incumplimiento de la carga del art. 56 es un supuesto específico del reconocimiento de las obligaciones, regulado por el Título 15 de la Sección primera del Libro II del Código Civil denominado "Del reconocimiento de las obligaciones": arts. 718 a 723 del cód. civil. En este sentido, debemos recordar que este último debe aplicarse subsidiariamente a los contratos comerciales según establece la legislación mercantil. Más específicamente, como el art. 720 última parte establece que el reconocimiento puede ser expreso o tácito, y como el reconocimiento del asegurador se deriva de su silencio, el mismo es un supuesto de reconocimiento tácito de la obligación.

Considerar al silencio del asegurador como un supuesto del reconocimiento de obligación previsto en el Código Civil, a nuestro criterio tendrá trascendentes consecuencias sobre la interpretación de la aplicación del art. 56, atento que deberán aplicarse al mismo todas las reglas del"reconocimiento de las obligaciones" legislado por Vélez. Precisamente, la primera será que lo que queda reconocido es la obligación contratada y no otra…"

Y agrega más adelante: "…Entonces, de ello podemos inferir que, cuando hablamos de reconocimiento tácito del asegurador, estamos hablando del reconocimiento de su obligación anterior; cuando hablamos de esta obligación, debemos tener en cuenta la prestación a su cargo; y cuando hablamos de la prestación del asegurador no podemos –ni debemos– ignorar la determinación del riesgo realizada por la doble operación de su individualizado (positiva) y delimitación (negativa); la primera por la identificación del riesgo cubierto y la última por medio de las condiciones y exclusiones de cobertura. Riesgo que nunca puede interpretarse en exceso o en defecto de lo establecido en el acuerdo de voluntades; así también ha sido resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es decir que no habrá obligación anterior que pueda ser reconocida por el asegurador si no ocurrió el riesgo cubierto, es decir si el siniestro no coincide con el riesgo individualizado; por ejemplo si se cubrió el riesgo robo de la cosa asegurada y la misma fue hurtada .De la misma forma, no habrá obligación anterior que pueda ser reconocida por el asegurador si se configura un supuesto de exclusión de cobertura; por ejemplo si el conductor de automóvil no tiene licencia para conducir…" (cfr. Giuffanti, Juan Bautista, "La aceptación por el silencio del asegurador como el "reconocimiento de obligación anterior" del Código Civil", El Derecho, 21/10/2009, pág. 1)…."

Como se desprende de la lectura, los desarrollos anteriores dan respuesta a las posiciones sostenidas por las partes en este proceso y, en orden a ellos, corresponde desestimar los planteos de la actora y demandada, haciendo lugar al recurso de apelación de la aseguradora. Cabe, entonces, revocar el pronunciamiento, dejando sin efecto la condena contra la compañía de seguros…"

Estas consideraciones son plenamente trasladables a la especie y dan respuesta al primer agravio, que al ser acogido, torna abstracto el tratamiento de los restantes. Así he de emitir mi voto, adhiriendo a la solución propuesta por mi colega. MI VOTO.

Por lo expuesto

SE RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la citada en garantía a fs. 321/326 y, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 289/297, haciendo lugar a la excepción de exclusión de cobertura deducida por Aseguradora Federal Argentina S.A. a fs. 56/57 y confirmarla en lo demás que ha sido materia de recursos y agravios.

2. Imponer las costas de ambas instancias a los demandados vencidos Nicolás Matías Sepúlveda y Marisol Sepúlveda (art. 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

3. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"SAEZ JAQUELINA NOELIA C/ WAL MART S. A. S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART." - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 430298/2015) – Sentencia: 204/15 – Fecha: 29/12/2015

DERECHO CIVIL: DAÑOS Y PERJUICIOS.

ACCIDENTE EN SUPERMERCADO. CAIDA DE UNA BEBE SENTADA EN EL CARRITO DE COMPRAS. EXISTENCIA DEL DAÑO. FALTA DE ACREDITACION. VALORACION DE LA PRUEBA. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- Corresponde el rechazo de la demanda de daños y perjuicios instaurada a raíz de la caída de una bebé desde un portabebés ubicado en los carros que provee el supermercado demandado para realizar las compras en su local, pues, en el presente trámite no se ha probado que la hija de la actora haya sufrido consecuencias que puedan ser entendidas como daño resarcible. Ello es así, toda vez que la pericia médica, da cuenta que no se realizó el estudio solicitado por el experto (electroencefalograma) a raíz de la falta de preparación de la niña para dicho acto médico. Sin embargo, atribuye un 5% de incapacidad a la hija de la demandante como consecuencia de presentar "síndrome post-conmocional con sintomatología subjetiva". No puedo aceptar la opinión del experto dado que carece de toda fundamentación. Válido es recordar que Pierre Marie denominó como síndrome subjetivo post conmocional a un conjunto de secuelas tardías de los TEC, con sintomatología definida, principalmente, por cefaleas, tristeza, estado vertiginoso y/o carácter irritable. El perito de autos no ha denunciado la existencia de alguno de estos síntomas y/o de otros que pudieran objetivar la existencia del síndrome que indica como existente en la niña. Tampoco señala que pruebas ha realizado para concluir en la existencia de la patología que señala, ya que solamente hace referencia a dichos de la madre: "Refiere la madre que a partir del accidente la hija presenta irritabilidad, estado de hiperquinesia y trastorno para articular las palabras". No todo hecho dañoso produce inexorablemente secuelas físicas o psicológicas incapacitantes, entendiendo que nos encontramos ante un accidente que, afortunadamente para la niña, no ha dejado secuelas en ella.

2.- Déficits parecidos –a los de la pericia médica- se encuentra en la prueba pericial psicológica. Teniendo en cuenta la entidad del accidente y la inexistencia de secuelas

para la hija, las conclusiones de la perito referidas al estado de la madre aparecen sobredimensionadas.

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de Diciembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SAEZ JAQUELINA NOELIA C/ WAL MART S. A. S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART.", (Expte. EXP Nº 430298/2010), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL Nro. 4 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra C. ANDRADE y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 336/340, que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia, en primer lugar, por considerar que la a-quo no ha analizado las consecuencias de la rebeldía de la demandada.

Dice que la falta de contestación de la demanda por parte de Wal Mart S.R.L. supone, para ella, la exteriorización de su conformidad con los hechos de la demanda y su admisión.

Sigue diciendo que quién negó el accidente y sus consecuencias, fue la citada en garantía.

Sostiene que el fundamento del rechazo de la demanda es la negativa de la existencia del hecho dañoso.

Señala que la conducta de la aseguradora resulta incongruente por cuanto niega la existencia del hecho, pero a la vez, sostiene que ha mediado culpa de la madre, "quién omitió toda conducta de vigilancia respecto de la menor".

Agrega que a fs. 145, la aseguradora formula el pliego de posiciones, de modo tal que se refieren a la existencia del accidente, por lo que cita a su favor el art. 411 del CPCyC.

Pone de manifiesto que Wal Mart S.R.L. fue intimada a presentar en el juzgado la filmación de seguridad de lo acontecido en las entradas de su sucursal Neuquén el día 10 de octubre de 2010, desde las 00,00 horas a 1,00 horas, con transcripción del art. 388 del CPCyC, habiendo omitido cumplir con la intimación.

Sin embargo, sostiene la apelante, la a-quo nada dice sobre esta conducta de la demandada y el apercibimiento bajo el cual fue intimada.

Afirma que la sentencia de primera instancia, tampoco se hace cargo de que la pericia mecánica da fe de la existencia del hecho, y que ello se relaciona con el certificado extendido por el Dr. Videla de fs. 289, el que nunca fue impugnado, y en el que concuerdan el día y la hora. Ni de los dichos de los testigos en cuanto a que ocurrió un accidente y que fue en Wal Mart, ni de la pericia de la Lic. Solsona que a fs. 255 relata el hecho, según los límites del vocabulario de la actora.

Recuerda que el certificado del Dr. Videla dice que fue asistida en la enfermería de Wal Mart.

Defiende la exposición policial, señalando que es práctica social y legal que cuando una persona sufre un accidente hace una exposición policial, conforme lo hizo la actora.

Considera que estos datos son presunciones que suplen la prueba del hecho.

Agrega que a fs. 153, el perito dice que un empleado del sector mantenimiento le comunicó que el sistema de sujeción fue modificado, con posterioridad al accidente.

Cuestiona la conclusión de la a-quo referida a que la actora resultó confusa en las entrevistas con los peritos, respecto de las circunstancias del hecho.

Expresa que las circunstancias están claramente expuestas en la demanda y que resulta difícil relatarlas frente a un facultativo. Agrega que no es posible descalificar a la madre porque resultó confusa al ser entrevistada.

Transcribe parte de los informes periciales.

Se agravia porque la sentencia recurrida pone en duda la existencia de las lesiones en la niña, cuando el certificado médico da cuenta de traumatismo encéfalo craneano y de la atención en la enfermería de Wal Mart.

Cuestiona le decisión de la a-quo de rechazar la pretensión de indemnización del daño moral, con fundamento en la manda del art. 1.078 del Código Civil, señalando la invalidez de la norma a la luz de la Constitución Nacional.
b) La aseguradora citada en garantía contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 368/375.
Plantea la deserción del recurso por no reunir los recaudos del art. 265 del CPCyC.
En subsidio rebate los agravios de su contraria.
Sin perjuicio de destacar que la declaración de rebeldía de la demandada no eximía a la parte actora de acreditar los hechos en que funda su pretensión, afirma que a la citada en garantía le cabe oponer todas las defensas que tiene el asegurado.
Pone de manifiesto que su parte negó la existencia del hecho y sus consecuencias, y subsidiariamente, dijo que este hecho ocurrió por exclusiva responsabilidad de la actora.
Sostiene que la presunción del art. 388 del CPCyC tiene carácter de iuris tantum, o sea, admite prueba en contrario, no existiendo una sola prueba que indique que el accidente se produjo en las circunstancias descriptas en la demanda.
Señala que la exposición policial constituye una declaración de carácter unilateral, que resulta insuficiente para acreditar la existencia del hecho.
Dice que la simple indicación del día y la hora en el certificado médico no son indicio de nada, únicamente de su atención.
Reconoce que la actora pudo estar nerviosa al momento de su declaración, pero las serias contradicciones van más allá del nerviosismo y del dolor. Destaca que en la pericia psicológica la actora relata que en el momento del accidente estaba con su pareja, y que debido a que el piso estaba roto, el carrito saltó provocando que su bebé cayera al piso; en tanto que en la demanda relata que la silla en que estaba sujetada la bebé se desoldó y por eso cayó al suelo.
Sigue diciendo que la actora no probó que la caída se produjera en el local de la demandada, y mucho menos que una hipotética caída se haya producido por el desnivel del suelo o por un desperfecto en la silla del carrito.
Recuerda que la actora fundó su reclamo en el art. 1.113 del Código Civil, pero no acreditó el contacto con la cosa riesgosa.
Manifiesta que tampoco existen constancias de las lesiones de la niña. Destaca que en la demanda se dice que la niña tuvo lesiones en el ojo derecho y en los labios y que, luego de la primera atención médica le colocaron cuello ortopédico, en tanto que el certificado médico alude a TEC sin pérdida de conocimiento y el informe del Hospital Castro Rendón da cuenta que en esa institución no fue atendida la niña.
Defiende la posición asumida por la a-quo en torno al rechazo del daño moral.
c) La demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios.
d) La Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, emite dictamen a fs. 378.
II.- La expresión de agravios de la recurrente, aunque en forma mínima, reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que no corresponde declarar la deserción de recurso.
III.- Si bien no coincido con la a-quo respecto a que no se ha probado la existencia del hecho dañoso, de todos modos la demanda no puede prosperar porque lo que no se encuentra acreditado es la existencia del daño, elemento esencial para la procedencia de la responsabilidad civil de la demandada.
No comparto que la aseguradora haya negado categóricamente la existencia del hecho dañoso. Su contestación de demanda parte de reconocer que no tuvo conocimiento directo de los hechos narrados, pero que su asegurada no tuvo responsabilidad en ellos (fs. 112 vta.). Y si bien realiza una negativa ritual de los hechos denunciados en la demanda, luego centra su defensa en el incumplimiento, por parte de la madre de la niña, de los deberes de vigilancia y cuidado.
Pero lo determinante para considerar que la aseguradora ha tenido por reconocido el acaecimiento del hecho dañoso, es la redacción del pliego de posiciones de fs. 145.
El art. 411 del CPCyC es claro en orden a que cada posición importará, para el ponente, el reconocimiento del hecho a que se refiere.

Esta Sala II ha dicho en autos "Palacios c/ Mazzuco" (expte. n° 417.782/2010, P.S. 2012-IV, n° 120) que "El art. 411 del CPCyC establece que cada posición importa para el ponente, el reconocimiento del hecho al que se refiere. Y si bien esta Cámara de Apelaciones ha determinado que la norma referida debe ser conjugada con las otras probanzas aportadas a la causa, y la confesión valorada en forma integral y no fraccionada (cfr. Sala II, P.S. 2009-IV, n° 118; 2010-V, n° 152; Sala I, P.S. 2011-IV, N° 126), en autos existe una reiteración de posiciones en el pliego de fs. 99/100 que reconocen que el inmueble se entregó en las condiciones pactadas en el contrato. Ello, unido a la falta de otras pruebas sobre este extremo, determina que tenga plena eficacia el reconocimiento en contra del ponente que prevé el ya citado art. 411 del CPCyC".

En autos, al igual que en el precedente citado, todas las posiciones contenidas en el pliego de la aseguradora refieren a la ocurrencia del accidente (caída de la bebé desde el asiento del carrito de supermercado), por lo que en atención a la inexistencia de otras pruebas sobre el hecho dañoso, resulta plenamente válido el reconocimiento previsto en el art. 411 del CPCyC.

De más está decir que la demandada –Wal Mart S.R.L.- ha reconocido el acaecimiento del accidente en virtud de la incontestación de la demanda (art. 356, CPCyC).

IV.- Sin perjuicio de ello, y conforme lo adelanté, lo determinante, en mi opinión, para confirmar el rechazo de la demanda decidido en la sentencia de grado es la inexistencia de daño a indemnizar.

Félix A. Trigo Represas y Marcelo López Mesa sostienen que "Teniendo en cuenta la cronología temporal, el daño sería el último elemento en aparecer como consecuencia o resultado de la acción antijurídica; pero desde el punto de vista metodológico, el daño es el primer elemento, puesto que el problema de la responsabilidad civil del agente comienza recién a plantearse cuando existe un daño causado. Es por ello que no se trata de un presupuesto o elemento más de la responsabilidad civil, sino del más importante…" (cfr. aut. cit., "Tratado de la Responsabilidad Civil", Ed. La Ley, 2004, T. I, pág. 393).

Y esta centralidad del daño en materia de responsabilidad civil no se desdibuja porque se trata de una imputación objetiva de responsabilidad, como es el caso del art. 1.113 del Código Civil (invocado por la parte actora). Ello así desde el momento que es requisito de procedencia de esta imputación objetiva, la acreditación de la relación causal entre el vicio de la cosa, conforme el planteo de autos, y el daño. No existiendo daño mal puede existir, indudablemente, relación de causalidad con el vicio de la cosa, más allá de que éste se encontraría probado (ver pericia técnica de fs. 153/155).

El nuevo Código Civil y Comercial requiere también de la existencia del daño para la procedencia del resarcimiento, determinando que aquél debe ser cierto y subsistente (art. 1.739).

En el presente trámite no se ha probado que la hija de la actora haya sufrido consecuencias que puedan ser entendidas como daño resarcible.

La pericia médica de fs. 216/217 vta., da cuenta que no se realizó el estudio solicitado por el experto (electroencefalograma) a raíz de la falta de preparación de la niña para dicho acto médico. Sin embargo, atribuye un 5% de incapacidad a la hija de la demandante como consecuencia de presentar "síndrome post-conmocional con sintomatología subjetiva".

No puedo aceptar la opinión del experto dado que carece de toda fundamentación.

Válido es recordar que Pierre Marie denominó como síndrome subjetivo post conmocional a un conjunto de secuelas tardías de los TEC, con sintomatología definida, principalmente, por cefaleas, tristeza, estado vertiginoso y/o carácter irritable.

El perito de autos no ha denunciado la existencia de alguno de estos síntomas y/o de otros que pudieran objetivar la existencia del síndrome que indica como existente en la niña. Tampoco señala que pruebas ha realizado para concluir en la existencia de la patología que señala, ya que solamente hace referencia a dichos de la madre: "Refiere la madre que a partir del accidente la hija presenta irritabilidad, estado de hiperquinesia y trastorno para articular las palabras".

No todo hecho dañoso produce inexorablemente secuelas físicas o psicológicas incapacitantes, entendiendo que nos encontramos ante un accidente que, afortunadamente para la niña, no ha dejado secuelas en ella.

Déficits parecidos se encuentra en la prueba pericial psicológica de fs. 260/261.

Teniendo en cuenta la entidad del accidente y la inexistencia de secuelas para la hija, las conclusiones de la perito referidas al estado de la madre aparecen sobredimensionadas. En todo caso debió investigarse sobre la existencia de otras situaciones problemática vividas por la madre, además del accidente de la niña.

Ello sin dejar de coincidir con la a-quo en que no se cuestionó oportunamente la validez constitucional del art. 1.078 del Código Civil.

V.- Llegado a este punto, y más allá de confirmarse el rechazo de la demanda, la pericia técnica de fs. 153/155, da cuenta del peligro que entraña la utilización de los portabebés ubicados en los carros que provee la demandada para las compras en su local, en atención al material sumamente deslizante y al sistema de sujeción no apto para la función, como así también por la falta de mantenimiento preventivo.

Ello determina que corresponda oficiar al señor Intendente Municipal de la ciudad de Neuquén, haciéndole saber lo informado en la pericia de autos, y a efectos que, a través del área pertinente, se proceda a tomar las medidas conducentes para la prevención de los riesgos indicados en el informe pericial.

VI.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar, por los fundamentos desarrollados, la sentencia de grado, disponiendo se oficie al señor Intendente Municipal de la ciudad de Neuquén en los términos establecidos en el Considerando V.

Las costas por la actuación ante la Alzada se imponen a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC). Los honorarios de los letrados actuantes en esta instancia, Dres. ... y ... se regulan en el 30% de la suma que por igual concepto se fije para retribuir su labor en la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, ésta Sala II;

Resuelve:

I.- Confirmar la sentencia de grado obrante a fs. 336/340, y ofíciese al señor Intendente Municipal de la ciudad de Neuquén en los términos establecidos en el Considerando V.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados actuantes en esta instancia, Dres. ... y ... en el 30% de la suma que por igual concepto se fije para retribuir su labor en la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Sandra C. Andrade – Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"L. C. M. A. C/ U. M. R. A. S/ PRIVACION EJERCICIO RESPONSABILIDAD PARENTAL" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 71957/2015) – Interlocutoria: 569/15 – Fecha: 18/12/2015

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

RECONVENCION. JUICIO SUMARIO. CONEXIDAD.

Es procedente la reconvención introducida por la contraria al contestar la demanda. Ello por cuanto la acción deducida por la actora pretendió privar al progenitor de la menor de la responsabilidad parental, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 700 del Código Civil y éste reconvino solicitando el cuidado personal de la menor en forma compartida, conforme lo disponen los artículos 650 y concordantes del Código Civil. En ese marco a la acción se le dio trámite de juicio sumario. El artículo 487 del Código de rito permite la deducción de la reconvención de las pretensiones en ella deducidas y que derivaren de la misma relación jurídica o fueren conexas con las invocadas en la demanda. Consiguientemente, si bien asiste razón a la sentenciante en cuanto no hay una relación estricta entre ambas pretensiones dada la existencia de hechos y prueba diferentes, ello no es obstáculo para que sea procedente la sustanciación de la pretensión deducida por el accionado, toda vez que se da el segundo supuesto previsto por la norma procesal antes indicada.

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de Diciembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "L. C. M. A. C/ U. M. R. A. S/PRIVACION EJERCICIO RESPONSABILIDAD PARENTAL", (Expte. Nº 71957/2015), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La resolución de fs. 19 rechaza la reconvención deducida por el demandado, por considerar que no corresponde.

Ante ello, el afectado interpone revocatoria con apelación en subsidio a fs. 21.

Por intermedio de la decisión de fs. 22, se desestima el primer recuso y se concede el segundo, siendo respondido a fs. 24.

II.- La jueza desestimó el planteo por considerar que ambas pretensiones no guardan relación estricta, siendo distinta la prueba y los hechos relevantes a efectos de dirimir cada una de las cuestiones. Asimismo, señala que razones de orden procesal imponen que sean tramitadas en sus respectivos procesos.

Ahora bien, a la pretensión deducida por la actora con el fin de privar al progenitor de la menor de la responsabilidad parental, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 700 del Código Civil, se le dio el trámite sumario de conformidad con las normas de los artículos 320 y concordantes del Código de rito.

En tales condiciones, el artículo 487 permite la deducción de la reconvención de las pretensiones en ella deducidas y que derivaren de la misma relación jurídica o fueren conexas con las invocadas en la demanda.

Es así que la accionada dedujo reconvención a fin de lograr que se disponga el cuidado personal de la menor en forma compartida, conforme lo disponen los artículos 650 y concordantes del Código Civil.

Se advierte así que, si bien asiste razón a la sentenciante en cuanto no hay una relación estricta entre ambas pretensiones dada la existencia de hechos y prueba diferentes, ello no es obstáculo para que sea procedente la sustanciación de la pretensión deducida por el accionado, toda vez que se da el segundo supuesto previsto por la norma procesal antes indicada.

Ello por cuanto, las pretensiones resultan conexas en función de que la reconvención está íntimamente ligada a la decisión que pueda tomarse con respecto a la demanda, cuestión ésta que –incluso- fue reconocida por la propia actora al señalar la conexidad de ambas pretensiones.

En función de lo hasta aquí expuesto, la decisión cuestionada debe ser revocada.

Sin embargo, y atendiendo a las razones expuestas por la magistrada en lo que se refiere a los hechos y la prueba de ambas demandas, es que se dispondrá que tramiten por separado, sin que ello importe duplicar la prueba ofrecida, indicando la parte reconviniente qué prueba de la ya ofrecida a fs. 17 vta. es la específica de la reconvención, debiendo dictarse una sentencia única que comprenda el análisis de ambas.

III.- Por las razones expuestas, y en los términos que resultan del presente se propone revocar la decisión de fs. 19 in fine, debiendo correrse traslado de la reconvención planteada previa formación de cuadernillo por separado. Costas de Alzada en el orden causado, en atención a la forma en que se resuelve.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Revocar la decisión de fs. 19 in fine, debiendo correrse traslado de la reconvención planteada en la forma indicada en los Considerando pertienentes.

II.- Costas de Alzada en el orden causado, en atención a la forma en que se resuelve.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES – SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DE NEUQUÉN (E.P.E.N) C/ CONANTONIO LUCIANA S/ INCIDENTE DE APELACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1712/2015) – Interlocutoria: 478/15 – Fecha: 22/10/2015

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

ACCION DE EXCLUSION DE TUTELA SINDICAL. SUSPENSION DE LA PRESTACION LABORAL. REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. PELIGRO EN LA DEMORA.

1.- Corresponde revocar la resolución que ordena la suspensión de la prestación laboral de la demandada hasta que se dicte la pertinente sentencia -acción de exclusión de tutela sindical-, pues, no puede obviarse el tiempo transcurrido desde que sucedieron los hechos denunciados en la demanda y en los que habría participado la actora, y la fecha en la cual se requiere la cautelar.

2.- En cuanto a la prestación del servicio por parte de la empleada a partir del conocimiento del decreto que dispuso su cesantía, además de no encontrarse demostrado, el mismo en modo alguno configura un peligro para los bienes de la empresa o su personal, y en todo caso ello justificará la aplicación de las sanciones que se estimen pertinentes y por la vía legal adecuada. El hecho que el decreto goce de la presunción de legitimidad en nada influye en la decisión, toda vez que lo que se

trata es de demostrar la existencia del peligro y no de si la decisión administrativa está firme o no.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de Octubre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DE NEUQUEÉN (E.P.E.N) C/ CONANTONIO LUCIANA S/ INCIDENTE DE APELACION", (Expte. INC Nº 1712/2015), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 1 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, puestos los autos para resolver, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Mediante resolución que en copia obra a fs. 55/56 se hace lugar a la cautelar solicitada por la actora, y en consecuencia, se ordena la suspensión de la prestación laboral de la demandada hasta que se dicte la pertinente sentencia.

La decisión es apelada por la accionada en los términos que resultan del escrito de fs. 60/62, y cuyo traslado fue respondido a fs. 69/72.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada y luego de haberse requerido los autos principales, que se tienen a la vista, entiendo que la medida acordada no resulta procedente por no encontrar configurados los requisitos propios de la cautelar pedida y obtenida en primera instancia.

Recordemos que la actora como consecuencia de los incidentes ocurridos en la sede del EPEN el 3 de diciembre del 2.012 y que se atribuyen a la accionada en aquel entonces delegada sindical, el organismo inicia el 13 de marzo del 2.015 una acción de exclusión de tutela sindical.

Destaco que según manifiesta la propia actora el mandato de la delegada venció el 18 de marzo del 2.014 y la tutela sindical se extiende por un año mas, venciendo el 18 de marzo del 2.015, esto es, cinco días después de iniciada la demanda.

Entiendo que lo expuesto precedentemente no se encuentra controvertido, si bien no se me escapa que no ha sido motivo de análisis ni de las partes ni del juzgado.

Ahora bien, trabada la litis y entiendo que correctamente la parte actora solicitó el dictado de la medida cautelar, con fundamento en que la prestación de tareas por parte de la demandada ponía en riesgo los bienes del organismo y la normal prestación del servicio, en orden a la relajación de deberes que importó para Colantonio el conocimiento de la inminencia de su desvinculación de la administración pública.

A ello agregó la presunción de verosimilitud del decreto 87/15, y que el recurso administrativo que interpuso no tiene efectos suspensivos.

Ahora bien, sobre el tema ha sostenido mi colega de Sala y que comparto en los autos "CABLEVISION S.A. C/ SALINAS CARLOS ALBERTO Y OTROS S/ INC. APELACION", (Expte. INC Nº 1548/2013):

"El art. 52 de la Ley 23.551 autoriza al juez a disponer la suspensión cautelar de la prestación laboral del representante gremial, cuando la permanencia de éste en su puesto o el mantenimiento de las condiciones de trabajo pudiere ocasionar peligro para la seguridad de las personas o bienes de la empresa.

"Se trata, entonces, de anticipar los efectos del pedido de exclusión de la tutela sindical, y, por tratarse de un representante sindical la apreciación de los recaudos que habilitan su procedencia, tal como lo ha destacado la a quo, debe ser estricta. No nos olvidemos que la adopción de una medida cautelar como la solicitada pone en crisis principios elementales del derecho colectivo del trabajo, como la libertad sindical y la protección que se debe garantizar a todo trabajador que ocupe un cargo de representación gremial. Frente a ello, claro está, se encuentra el derecho del empleador a preservar la seguridad de las personas que trabajan o acuden a la empresa y la integridad de sus bienes.

La tensión entre ambos derechos debe ser sopesada cuidadosamente, y solamente ceder las garantías sindicales cuando se advierta un serio peligro para la seguridad de las personas o bienes de la empresa.

"Al respecto José Daniel Machado y Raúl Horacio Ojeda ("Tutela Sindical", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 304/305) señalan que "en cuanto al requisito de fondo, la norma se atiene a un supuesto de hecho de gravedad límite. La continuidad del representante en el cumplimiento de sus prestaciones contractuales ha de constituir un peligro en relación con la integridad de las personas o de los bienes de la empresa….La norma está pensada indudablemente para los supuestos extremos de prevenir las lesiones o los sabotajes que, excediendo los límites del derecho de huelga, avancen antijurídicamente hacia la configuración de ilícitos. O bien para las conductas notoriamente graves que ocurran sin conexión alguna con acciones colectivas. Y no, en cambio, para suprimir los trastornos y pérdidas que son consecuencia normal del ejercicio de presión sindical.

"La expresión peligro, por cierto, conlleva la idea de potencialidad que descarta la exigencia de daño efectivo. Pero es mucho más que una mera conjetura o probabilidad hipotética, o que un temor subjetivo del empleador que bien puede corresponder a una susceptibilidad exagerada. En fin, pueden aplicarse a la especie las construcciones doctrinales según las cuales la amenaza, en Derecho Penal, deviene delictiva. O bien el célebre estándar acuñado por la Corte estadounidense para deslindar cuando las opiniones subversivas se encuentran amparadas por la libertad constitucional de expresión y cuando se deslizan hacia un delito contra la democracia, conocida como regla del peligro claro y presente… En ambos casos la doctrina se remite a la credibilidad e inminencia del riesgo, basada en manifestaciones que objetivan la posibilidad cierta de que el agente tenga de pasar del discurso al acto".

Bajo esta premisa de análisis, no encuentro que exista en autos el peligro cierto e inminente respecto de personas o bienes que habiliten la suspensión cautelar pretendida por la parte actora.

En tal sentido, no puede obviarse el tiempo transcurrido desde que sucedieron los hechos denunciados en la demanda y en los que habría participado la actora, y la fecha en la cual se requiere la cautelar.

Partiendo de la base de que la actora intervino en los hechos –cuestión que deberá ser analizada en debida forma al momento de dictarse la sentencia- no se advierte que peligro, en relación a los bienes y personas, pudo provocarse desde el mes de diciembre del 2.012 a mayo del 2.015, y se destaca que en momento alguno al requerir la medida la actora indicó concretamente en que consistieron dichos hechos posteriores a los indicados en la demanda y que justifican la procedencia de la cautelar.

O bien, si el peligro se configuró a partir del 3 de diciembre del 2.012, cual es la razón por la que no se requirió la separación de la demandada de su puesto de trabajo.

No advierto entonces que se encuentren configurados los recaudos exigidos por la ley para el dictado de la medida cautelar, en función del tiempo transcurrido desde los hechos y hasta su pedido.

En cuanto a la prestación del servicio por parte de la empleada a partir del conocimiento del decreto que dispuso su cesantía, además de no encontrarse demostrado, el mismo en modo alguno configura un peligro para los bienes de la empresa o su personal, y en todo caso ello justificará la aplicación de las sanciones que se estimen pertinentes y por la vía legal adecuada.

El hecho que el decreto goce de la presunción de legitimidad en nada influye en la decisión, toda vez que lo que se trata es de demostrar la existencia del peligro y no de si la decisión administrativa está firme o no.

III.- Por las razones expuestas, propongo se revoque la resolución cuestionada, con costas a la actora, debiendo diferirse la regulación de honorarios para su oportunidad.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Revocar la resolución cuestionada, en los términos que resultan de los Considerandos pertinentes.

II.- Imponer las costas a la actora, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES – SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"M. F. P. E. C/ E. J. M. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 63121/2014) – Interlocutoria: 531/15 – Fecha: 01/12/2015

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.

ALIMENTOS PARA LOS HIJOS. APLICACIÓN DE PARAMETROS PREVISTOS EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL. NECESIDADES DEL HIJO. SITUACION ECONOMICA DEL ALIMENTANTE.

Resulta razonable la cuota alimentaria a favor del hijo -11 años- fijada en el 25 % de los haberes del alimentante. Ello es así, pues, le asiste razón a la quo en orden a la existencia de indicios referidos a que el alimentante desarrollaría una actividad económica paralela a su labor como empleado público. Ello no sólo resulta de los testimonios rendidos en la causa, sino también de la información brindada por la Dirección Provincial de Rentas, de la que surge que el demandado se encuentra inscripto como contribuyente del impuesto sobre los ingresos brutos (...). Sin embargo, no se cuenta con los elementos necesarios como para poder estimar los ingresos obtenidos mediante esta actividad, pero sí resulta suficiente la prueba referida para tener por cierto que el demandado cuenta con otras posibilidades para proveer a la manutención de sus hijos, además del empleo para el estado provincial.

Texto completo:

NEUQUEN, 1 de Diciembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "M. F. P. E. C/ E. J. M. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS", (Expte. Nº 63121/2014), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, puestos los autos para resolver, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 178/179 vta., que hace lugar a la demanda, estableciendo una cuota alimentaria a favor del hijo de las partes del 25% de los haberes del alimentante, con costas al vencido.

A) El primer agravio del recurrente refiere al carácter definitivo de la cuota alimentaria fijada.

Señala que no se encuentra resuelta la causa en la cual ha solicitado la tenencia de su hijo, actualmente cuidados personales, la que tramita en expediente n° 62.597/2013.

Entiende que el haber otorgado carácter definitivo a la cuota alimentaria de autos resulta un menoscabo patrimonial, toda vez que siempre ha aportado a la manutención de su hijo.

Como segundo agravio denuncia que la aplicación de los arts. 658 y 659 del Código no resulta concordante con los hechos denunciados y acreditados, ya que tales normas indican que la obligación por regla corresponde a los padres; en tanto que en autos se está en presencia de un progenitor que abona una cuota alimentaria mensual de aproximadamente $ 3.700, equivalente a un 15% de sus haberes, que realiza aportes especiales en calzado y vestimenta, que además abona las actividades extraescolares, que sostiene la vivienda donde reside el niño con su madre, la que es de su propiedad, y que el pequeño pasa mucho tiempo con el padre durante la semana y los fines de semana, incluso permaneciendo una semana entera en el hogar paterno.

Agrega que ambos progenitores viven en barrios de clase media, siendo la actividad laboral de ambos la de empleados públicos, y el niño asiste a una escuela pública.

Concluye en que la a quo ha fijado un porcentaje en concepto de cuota alimentaria sin considerar cuanto significa ese porcentaje, cuanto necesita el niño para vivir, y quién más resulta obligado al aporte alimentario.

Sostiene que la jueza de grado aplica el art. 660 del Código Civil y Comercial, dando por sentado que la madre realiza las tareas cotidianas, lo que no ha sido probado en el expediente.

Reitera que el niño pasa mucho tiempo al cuidado de su padre.

Critica la valuación del caudal económico del alimentante, en tanto la sentencia de grado hace referencia a los extras que posee el demandado.

Dice que el testimonio de Y. P., el que indica que el demandado hizo instalaciones de gas, olvida que fue Presidente de una Comisión Vecinal y que siempre estuvo encima de las obras que se realizaban, y fue nexo para que personas del barrio obtuvieran empleo, pero no tuvo empresa que se dedicara a ello.

Sostiene que la capacidad económica del alimentante proviene solamente de su empleo en la administración pública provincial.

Finalmente se agravia porque no se ha valorado que la vivienda que ocupa la actora es del demandado, y que no abona precio alguno por esa ocupación más allá de los servicios básicos.

B) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 185/186 vta.

Dice que yerra el apelante al considerar que la cuota fijada tiene carácter de definitiva, ya que ella puede ser modificada en razón de la dinámica familiar.

Sigue diciendo que por ello no se advierte que la sentencia le ocasione agravio al alimentante, toda vez que de modificarse la situación referida al cuidado personal del niño, y de corresponder, la cuota alimentaria podría modificarse.

Agrega que la cuota alimentaria fijada en la sentencia recurrida está destinada al consumo vigente a la época de su dictado, y que de las constancias de autos surge que el menor vive con la madre y conforme el régimen de visitas acordado en audiencia de fecha 28 de febrero de 2014, comparte con el padre los días martes y fin de semana por medio.

Señala que el niño se encuentra a cargo de la madre y que ésta realiza un trabajo mucho mayor respecto de su cuidado y atención, que encuadra en la prescripción del art. 660 del Código Civil y Comercial.

Destaca que la jueza de grado ha tomado como fundamento de su decisión, dichos de testigos que no fueron objetados por la parte demandada, y que el alimentante no es titular ni beneficiario de la vivienda que ocupa el niño con su madre.

C) A fs. 202 obra dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, el que propicia la confirmación del fallo apelado.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, he de comenzar el análisis por los cuestionamientos referidos al importe asignado a la cuota alimentaria establecida a favor del hijo de las partes.

Indudablemente la reforma legislativa introducida con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial ha puesto el acento, en lo que aquí interesa, en la importancia de la obligación alimentaria.

El art. 658 del Código Civil y Comercial establece, como regla, que la obligación de alimentos recae sobre ambos progenitores, y que éstos deben cumplir con ella de acuerdo con su condición y fortuna.

Es por ello que la obligación de alimentos hacia el hijo menor de edad debe ser enfocada desde dos perspectivas, por un lado las necesidades del niño o niña y, por otro, las posibilidades económicas de los obligados a satisfacer la contribución alimentaria.

Desde el punto de vista de las necesidades del alimentado, el art. 659 del Código Civil y Comercial es demostrativo de la amplitud del concepto de alimentos. En tal sentido, y más allá de la manda legal, Cecilia Grosman explica que "El concepto de necesidad tiene, entonces, un aspecto objetivo gestado en el proceso histórico y un contenido subjetivo derivado de las particulares características del niño. Sus necesidades de alimentación, vivienda, educación, salud y esparcimiento responden a cada momento de la historia humana, lo cual se traduce en el contenido de derechos de la infancia (derecho a la vida, derecho a la integridad psicofísica, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al desarrollo), reconocidos en los diversos tratados de derechos humanos, especialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño" (cfr. aut. cit., "Alimentos a los hijos y derechos humanos", Ed. Universidad, 2004, pág. 22).

Por ende, y como lo pone de manifiesto Marisa Herrera, la obligación alimentaria, tratándose de personas menores de edad, es decir, personas en pleno desarrollo madurativo y a quienes les cabe una protección especial, se extiende a otros rubros, además de los gastos en víveres o alimentos en sentido estricto, abarcando todos los aspectos de la vida de los niños o niñas (cfr. aut. cit., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", dirig. por Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. IV, pág. 385/393).

En virtud de este aspecto tenemos las necesidades propias de un niño de 11 años, edad del hijo de las partes de acuerdo con el acta de nacimiento de fs. 1, las que, no está de más recordarlo, no deben ser acreditadas, sino que se presumen.

Estas necesidades deben ser satisfechas, conforme se señaló, de acuerdo con las posibilidades económicas del obligado.

Y es aquí donde aparece la delgada línea y el delicado equilibrio que es menester preservar entre las necesidades de la persona menor de edad y el caudal económico del alimentante. Dichas necesidades deben ser satisfechas de modo suficiente, por lo que el progenitor deberá arbitrar todos los medios a su alcance para lograr la satisfacción básica de estos requerimientos. Pero si el padre o la madre cuentan con recursos económicos superiores, que permiten brindar una mayor y mejor cobertura a la manutención del hijo o hija menor de edad, la cuota alimentaria no debe limitarse a la satisfacción básica sino que debe ser acorde a aquellas posibilidades económicas.

Esta situación es a la que se refiere Aída Kemelmajer de Carlucci cuando sostiene que "Básicamente, el interés económico del niño es que la disolución de la familia no le produzca daño material. Este daño es frecuente, pues normalmente el estándar de vida de los miembros de la familia anterior a la separación no puede ser mantenido: el costo de mantener dos casas es sustancialmente superior al de mantener una sola" (cfr. aut. cit., "Los alimentos en favor de los hijos de padres separados en los "Principios Jurídicos de la Disolución Familiar" del American Law Institute. Sus reflejos en el derecho argentino", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2001-1, pág. 99).

En autos, el alimentante es dependiente del Ministerio de Energía, Ambiente y Servicios Públicos de la Provincia del Neuquén, percibiendo la remuneración de la que dan cuenta los recibos de haberes agregados a autos.

Asiste razón a la quo en orden a la existencia de indicios referidos a que el alimentante desarrollaría una actividad económica paralela a su labor como empleado público. Ello no sólo resulta de los testimonios rendidos en la causa, sino también de la información brindada por la Dirección Provincial de Rentas, de la que surge que el demandado se encuentra inscripto como contribuyente del impuesto sobre los ingresos brutos en la actividad "Servicios Personales no clas. en otra parte" (fs. 172). Sin embargo, no se cuenta con los elementos necesarios como para poder estimar los ingresos obtenidos mediante esta actividad, pero sí resulta suficiente la prueba referida para tener por cierto que el demandado cuenta con otras posibilidades para proveer a la manutención de sus hijos, además del empleo para el estado provincial.

En base a estas constancias, y considerando que el 25% de los haberes del alimentante equivalen aproximadamente a $ 3.112,00, a abril de 2014 (último recibo de haberes agregado a autos), no encuentro que la cuota alimentaria fijada resulte irrazonable.

No se encuentra acreditado en autos que la vivienda que ocupa la actora con el niño sea de propiedad del demandado, ni tampoco que éste se haga cargo de los cuidados personales de su hijo más allá de los períodos establecidos en el régimen de comunicación homologado a fs. 33/vta.

En todo caso, y dado la existencia de dos hijos más del alimentante, deberá éste extremar los esfuerzos y arbitrar los medios para que todos puedan ver satisfechas sus necesidades.

III.- En cuanto al carácter definitivo de la cuota alimentaria determinada en la sentencia apelada, tal como lo ha dicho la parte actora al contestar el memorial de agravios, el importe que se determina para satisfacer las necesidades de manutención de los hijos menores de edad es siempre revisable, en tanto varíen las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su determinación.

Es por ello que la cuota alimentaria puede ser aumentada, disminuida y hasta dejada sin efecto.

Consecuentemente no existe agravio para la apelante por la determinación de una cuota alimentaria –aún calificándola de definitiva-, en tanto que ella puede ser modificada si se acredita, a su vez, una modificación de las circunstancias.

Y en esta misma senda, si bien se ha agregado al expediente copia de la sentencia dictada en la causa sobre tenencia (fs. 192/195), de la que surge que se ha dispuesto fijar un régimen de cuidado personal compartido de modalidad alternada respecto del hijo de las partes, permaneciendo el niño una semana con cada progenitor en forma alternada, la modificación de la cuota alimentaria en virtud de este resolutorio debe ser peticionada y resuelta por la jueza de grado, y eventualmente abordada por la Cámara de Apelaciones por la vía recursiva.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y confirmar el decisorio recurrido en lo que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación ante la Alzada se imponen al apelante perdidoso (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios de los profesionales intervinientes, Dras. ... y ... –por la parte actora- y Dra. ... –por la parte demandada-, en el 30% de la suma que por igual concepto se determine para la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Confirmar el decisorio de fs. 178/179 vta. en lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación ante la Alzada al apelante perdidoso (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios de los profesionales intervinientes, Dras. ... y ... –por la parte actora- y Dra. ... –por la parte demandada-, en el 30% de la suma que por igual concepto se determine para la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES – SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"RIOS PEDULLA ANA MARIA C/ GUERRA TAPIA FRESIA DEL ROSAR S/ ACCION REIVINDICATORIA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 348011/2007) – Interlocutoria: 546/15 – Fecha: 17/12/2015

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

HONORARIOS DEL ABOGADO. NOTIFICACIÓN AL EX CLIENTE. NOTIFICACIÓN POR CÉDULA. DOMICILIO REAL.

Cabe confirmar el proveido en donde se dispone que con carácter previo a tener por iniciada la ejecución de honorarios que el letrado notifique la regulación arancelaria en los términos del art. 49 de la ley 1594. Ello es así, toda vez que el beneficiario de los honorarios omite comunicar el auto regulatorio a su ex clienta por cédula y a su domicilio real, lo que resulta un recaudo necesario para perseguir su cobro, aún cuando –como se dijo- no se encuentre vigente el vínculo y la actora no sea la condenada en costas (...).

Texto completo:

NEUQUEN, 17 de Diciembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "RIOS PEDULLA ANA MARIA C/ GUERRA TAPIA FRESIA DEL ROSAR S/ ACCION REIVINDICATORIA", (Expte.Nº 348011/2007), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 3 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- El anterior letrado de la parte actora apela las providencias de fs. 466 y 468, mediante las que previo a tener por iniciada la ejecución de honorarios que promueve contra su ex cliente, en función de garantía, el juzgado ordena la notificación de la regulación practicada a fs. 455 en los términos del art. 49 de la ley 1594.

En sus agravios de fs. 469, manifiesta la improcedencia de tal notificación, por no ser a esa fecha mandante ni patrocinante de la actora, quien cuenta con otro patrocinio letrado.

II.- De un recuento de lo actuado, surge que la accionante revocó el poder que le había otorgado al Dr. ... en el mes de mayo de 2012, conforme surge de fs. 368 y 369, y se presentó con nuevo patrocinio a partir de fs. 370, constituyendo nuevo domicilio.

Asimismo, los honorarios profesionales fueron regulados en el mes de abril de este año, conforme surge de fs. 455, valúandose las tareas del recurrente en la suma de $78.580,oo, encontrándose notificados electrónicamente la actora y su letrado conforme surge de fs. 456.

Seguidamente, el quejoso solicita que la notificación al domicilio real de las partes corra por cuenta de letrado que interviene por el obligado, acerca de lo cual el juzgado nada dijo, y posteriormente, requiere el préstamo de las actuaciones e inicia la ejecución aludida.

Establecido ello, e ingresando ahora al tratamiento del recurso, observamos que la cuestión radica en determinar si le corresponde al apelante efectuar la notificación de los honorarios al domicilio real de la ex clienta, como prescribe el art. 49 de la ley 1594, o no.

Passarón y Pesaresi señalan que: "En general, la notificación de la regulación de honorarios tiene por objeto que el obligado a su pago tome conocimiento y pueda consentirla o recurrirla, pues, como la estimación es un acto técnico de estimación en orden a un arancel, es susceptible de error y obviamente, de crisis.

"Ahora bien, con el objeto de evitar la indefensión que podría producirse en caso de conferirle la validez a una notificación diligenciada en el domicilio constituido -sede que normalmente es del letrado, con quien pueden surgir intereses encontrados- el régimen arancelario dispone que "toda notificación al cliente, deberá realizarse en el domicilio real de éste (…)

"Este sistema, que reproduce la obligación del representante por poder en caso de renuncia (art. 53, inc. 2°, CPCCN), intenta proteger al cliente y resguardarlo de la eventual "inoperancia de un profesional desaprensivo", quien notificándose los honorarios a sí mismo, omite comunicarlo a su representado o patrocinado y no garantiza de ese modo el derecho de defensa del obligado (…)

En tal inteligencia, la disposición aparece indiscutiblemente justa, porque no puede admitirse que el conocimiento personal del cliente se tenga por producido con notificaciones cursadas al estudio del propio interesado, privando a aquél de la oportunidad de pronunciarse respecto al crédito pretendido e interponer –en su caso- los recursos correspondientes (…)"

"Si bien la jurisprudencia ha considerado que la norma resulta obligatorio sólo en los casos en que la relación profesional se mantiene vigente, evitando la indefensión de la parte que podría profucrse si se le confiere validez a la notificación diligenciada en el domicilio constituido, nosotros pensamos que, como cuando la ley no hace distingos el intérprete tampoco debe hacerlos, el preceptivo debe aplicarse en todos los casos, esto es, con independencia de si la relación entre profesional y cliente continúa o no." (cf. ob. "Honorarios Judiciales", Astrea, Buenos Aires, 2008, tomo 2, pág. 328 y concordantes. La negrita nos pertenece).

En autos, vemos que el beneficiario de los honorarios omite comunicar el auto regulatorio a su ex clienta por cédula y a su domicilio real, lo que resulta un recaudo necesario para perseguir su cobro, aún cuando –como se dijo- no se encuentre vigente el vínculo y la actora no sea la condenada en costas (v. sentencia de fs. 244/247).

Así, resultan requisitos para que el profesional pueda ejercer el reclamo de sus honorarios a la accionante obligada en garantía que el principal obligado se encuentre en mora y no haya pagado los honorarios (sin que sea necesario que se agote o que inicie la ejecución en su contra), y que aquella esté notificada en su domicilio real (v. ob. cit., pág. 303).

En función de ello, la interpretación efectuada por el recurrente respecto a que no le corresponde efectuar la notificación dispuesta por el art. 49 de la ley arancelaria no se ajusta a las previsiones de esa normativa, la que –reiteramos- debe aplicarse en todos los casos.

Por lo hasta aquí expuesto, propiciamos el rechazo del recurso interpuesto por el Dr. ..., y la consecuente confirmación de la solución prevista por el juzgado.

Sin costas de Alzada, por tratarse de una cuestión suscitada con la dependencia de grado.

Por ello, esta Sala II,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso interpuesto a fs. 469, y en consecuencia, confirmar de la solución prevista por el juzgado mediante los autos de fs. 466 y 468.

II.- Sin costas de Alzada, por tratarse de una cuestión suscitada con el juzgado.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"LEDESMA DANIEL DERMIDIO C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION S/ AMPARO POR MORA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 506619/2015) – Interlocutoria: 558/15 – Fecha: 17/12/2015

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

TRASLADO DE LA DEMANDA. NULIDAD PROCESAL. IMPROCEDENCIA.

Cabe rechazar el planteo de nulidad efectuado por la demandada, sobre la forma en que se realizó el traslado de la demanda, pues más allá del modo en que se realizó aquél –oficio o cédula-, lo cierto es que la demandada estuvo en condiciones de anoticiarse de la acción interpuesta y de informar sobre la demora aducida. Es por ello que no advertimos irregularidades graves o trascendentes que ameriten apartarse del carácter restrictivo de interpretación que rige en esta materia, como así tampoco, el estado de indefensión que la parte alega. En efecto, nótese que la pieza cursada fue recibida y asignada, conforme se lee de los cargos impresos, por lo cual, la función asignada a la notificación cursada se advierte cumplida.

Texto completo:

NEUQUEN, 17 de Diciembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "LEDESMA DANIEL DERMIDIO C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION S/ AMPARO POR MORA", (Expte. Nº 506619/2015), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 1 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- Mediante el resolutorio de fs. 19/vta., el magistrado de grado rechazó el planteo de nulidad efectuado por la demandada.

Seguidamente, la accionada interpuso revocatoria con apelación en subsidio, rechazándose el primero y concediéndose el segundo, a fs. 25.

En sus agravios de fs. 20/24, indica la ausencia de motivación de la providencia en crisis, el incumplimiento de la finalidad del acto cuya nulidad se pretende, y reivindica el acto de traslado de demandada.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso, y en relación al primer agravio, advertimos que el auto cuestionado se encuentra debidamente fundando, y que lo indicado por la apelante sólo deja entrever una mera disconformidad con lo resuelto en el grado.

En relación al segundo y tercer agravios, no coincidimos con el razonamiento que efectúa la recurrente.

El Tribunal Superior de Justicia, se ha expedido respecto del tema de las nulidades, diciendo que:

"El tema de las nulidades forma parte de la teoría general del derecho y, por lo tanto, resulta aplicable a cada una de sus ramas con aristas propias.

"En particular, la nulidad procesal ha sido definida por MAURINO, como "el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido" (MAURINO, Alberto Luis; Nulidades procesales; Editorial Astrea; Buenos Aires; 2009; Pág. 19).

"Y tiene por finalidad asegurar la garantía constitucional de defensa en juicio. En tal sentido, Alsina dice: "donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión no hay nulidad" (MAURINO, Alberto Luis, Ob. Cit.; Pág. 56).

"Este tipo de nulidades tiene como misión esencial enmendar perjuicios efectivos que, surgidos al desviar las reglas del proceso, pueden afectar la garantía de defensa.

"Para que así se declare, el acto procesal debe haberse realizado en trasgresión a las prescripciones legales sancionadas bajo pena de nulidad (principio de legalidad o especificidad) y no haber logrado cumplir la función a que estaba destinado (principio de finalidad incumplida).

"Pero esa irregularidad debe ser de una gravedad y trascendencia tal, que amerite apartarse del carácter restrictivo de interpretación que rige en materia de nulidades.

"Es que el principio de trascendencia implica que la invalidez del acto solo puede ser declarada cuando haya un fin que trascienda la nulidad misma y su viabilidad dependerá de: a) la alegación del daño o perjuicio sufrido; b) la prueba del perjuicio y c) la acreditación del interés jurídico que se procura subsanar.

"A tales efectos, el nulidicente habrá de mencionar expresamente las defensas que se ha visto privado de oponer y acreditar la existencia de un perjuicio cierto, concreto, real e irreparable. Es decir, deberá tratarse de un daño que no pueda subsanarse si no es con el acogimiento de la sanción; por lo que, resultará insuficiente una invocación genérica de principios o garantías afectados, o el uso de fórmulas imprecisas. Ello así, toda vez que las normas procesales sirven para asegurar la defensa en juicio y no para dilatar los procesos.

"Además, el impugnante también habrá de individualizar y probar cuál es el interés jurídico que se pretende satisfacer con la invalidez.

"Pero aun cuando el acto cumpla con el recaudo de trascendencia y medie una sanción legal específica, no procederá la declaración de nulidad, si éste, no obstante su defecto, ha logrado la finalidad a que estaba destinado.

"La notificación, como acto procesal y en cuanto a su regularidad, está sometida a los principios generales que rigen las nulidades en el proceso.

"Así es que, quien impugna de nulidad un acto de notificación debe expresar y acreditar la existencia de un perjuicio y demostrar el interés que persigue en su declaración. Y el menoscabo del derecho constitucional de defensa, habrá de concretarse en una situación de la cual derive directa y necesariamente- la imposibilidad de la parte de hacer valer sus derechos, irrogándole un perjuicio irreparable. Es decir, la nulidad debe enmendar perjuicios efectivos que tornen inexistente la garantía del debido proceso.

"Nuestro código procesal local consagra el principio de trascendencia, en su artículo 169: "… No se podrá declarar la nulidad, aún en los casos mencionados en los párrafos precedentes (esto es, previsión legal expresa y falta de requisitos indispensables para la obtención de la finalidad del acto), si el acto, no obstante su irregularidad, ha logrado, la finalidad a que estaba destinado".

"De modo tal que, la irregularidad carecerá de eficacia si el acto se encuentra consentido por el afectado o si el vicio no impide que aquél cumpla su finalidad o que el proceso continúe adecuadamente -esto es, sin vulnerar el derecho de defensa-.

"Y en orden al conocimiento que la parte tenga del acto procesal, cabe referir que debe ser inequívoco, directo y, en su caso, de haberlo consentido expresa o tácitamente, no corresponde admitir nulidad alguna.

"A su respecto, el artículo 170 del Ritual, prevé: "La nulidad no podrá ser declarada cuando el acto haya sido consentido, aunque fuere tácitamente, por la parte interesada en la declaración. Se entenderá que media consentimiento tácito cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del acto." (Acuerdo n° 1/2013 del registro de la Secretaría Civil, dictado en autos "I.A.D.E.P. c/ Ind. Químicas Patagónicas S.A.").

Aplicando estos conceptos al caso de autos, y más allá del modo en que se realizó el traslado –oficio o cédula-, lo cierto es que la demandada estuvo en condiciones de anoticiarse de la acción interpuesta y de informar sobre la demora aducida.

Es por ello que no advertimos irregularidades graves o trascendentes que ameriten apartarse del carácter restrictivo de interpretación que rige en esta materia, como así tampoco, el estado de indefensión que la parte alega.

En efecto, nótese que la pieza cursada fue recibida y asignada, conforme se lee de los cargos impresos a fs. 17, por lo cual, la función asignada a la notificación cursada se advierte cumplida.

III.- Por ello, propiciaremos la confirmación del auto apelado, con costas de Alzada a la demandada en su condición de vencida, difiriéndose la regulación de honorarios para el momento de contarse con pautas a tal fin (art. 69, Código Procesal; art. 15, ley 1594).

Por ello, esta Sala II,

RESUELVE:

I.- Confirmar el auto de fs. 19/vta., con costas de Alzada a la demandada en su condición de vencida, difiriéndose la regulación de honorarios para el momento de contarse con pautas a tal fin (art. 69, Código Procesal; art. 15, ley 1594).

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales – SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"DELARRIVA BARBARA SOLEDAD C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 71573/2015) – Interlocutoria: 564/15 – Fecha: 18/12/2015

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

OBRA SOCIAL. MODULO DE INTEGRACION ESCOLAR. LEY DEL SISTEMA DE PRESTACIONES BASICAS EN HABILITACION Y REHABILITACION INTEGRAL A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Cabe confirmar el despacho cautelar que le ordena a la obra social demandada que cubra el 100% del valor del módulo de apoyo a la integración escolar en la cantidad de horas mensuales que figuran en el presupuesto, pues si bien no se desconoce que bien podría la actora haber realizado la petición ante el Consejo Provincial de Educación, entiendo que dentro del marco de la cautelar y atento lo dispuesto por los artículos 1, 2, 16 y 17 de la ley 24.901, al cual adhiriera la Provincia a través de la ley 2644, el accionado se encuentra obligado a solventar el costo del apoyo educativo y así lo señalamos en el precedente citado por el juez de Primera Instancia, sin perjuicio de la supervisión por parte de la autoridad educativa que puede ser requerida por la accionada.

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de Diciembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "DELARRIVA BARBARA SOLEDAD C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. Nº 71573/2015), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA Nro. 1 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, de acuerdo con el orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Mediante resolución de fs. 105/110 vta. se hace lugar a la medida cautelar solicitada por la actora, y por ende, se ordena a la demandada que cubra el 100% del valor del módulo de apoyo a la integración escolar en la cantidad de horas mensuales que figuran en el presupuesto de fs. 9.

Dicha decisión es cuestionada por la accionada en los términos que resultan del escrito de fs. 114/116 y cuyo traslado no fue respondido.

Sostiene la quejosa que no se encuentran reunidos los recaudos para el dictado de la medida cautelar, ya que ante el reclamo de la actora se le indicó que no era el organismo competente y que debía dirigirse el Consejo Provincial de Educación, reiterando que lo solicitado está comprendido dentro del ámbito educativo y no de la salud.

Agrega que se produjo una lesión al derecho de defensa, propiedad y garantía del debido proceso, finalizando su escrito cuestionando la procedencia de medidas que coinciden con la pretensión.

II.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, señalo que las quejas vertidas no tendrán andamiento.

En primer lugar, las afirmaciones que se vierten en el sentido que se ha violado el derecho de defensa y el debido proceso carecen de todo sustento en las constancias de la causa.

Señalo así que, pese a lo afirmado por la apelante, hace ya muchos años que se admitió cautelarmente la procedencia de dichas medidas que coinciden en todo o en parte con el objeto de la pretensión.

La diferencia con respecto a las medidas cautelares previstas expresamente en el Código de rito se refieren al grado de verosimilitud del derecho que se exige para las primeras, así como a la acreditación del peligro en la demora.

Asimismo, tanto la Sala I como la Sala II, hemos dicho en forma reiterada que en dichos supuestos y previo al dictado de la medida el juez debe sustanciarla con la afectada, salvo que el conocimiento de lo peticionado pueda ser perjudicial para la cautelar requerida.

En tal sentido y conforme las constancias de la causa, se advierte que el juez interviniente –correctamente- difirió el tratamiento de la medida peticionada y aguardó la contestación de la demanda.

Es por ello que en modo alguno puede alegarse que existió violación del debido proceso o del derecho de defensa.

En cuanto al argumento de la competencia de la accionada para cubrir el costo del apoyo escolar, tampoco tendrá andamiento en el marco de la cautelar solicitada.

Si bien no se desconoce que bien podría la actora haber realizado la petición ante el Consejo Provincial de Educación, entiendo que dentro del marco de la cautelar y atento lo dispuesto por los artículos 1, 2, 16 y 17 de la ley 24.901, al cual adhiriera la Provincia a través de la ley 2644, el accionado se encuentra obligado a solventar el costo del apoyo educativo y así lo señalamos en el precedente citado por el juez de Primera Instancia, sin perjuicio de la supervisión por parte de la autoridad educativa que puede ser requerida por la accionada.

III.- Por las razones expuestas propongo se confirme la resolución apelada, con costas por su orden en atención a la falta de contradicción.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II,

RESUELVE:

I.- Confirmar el resolutorio de fs. 105/110 vta., con costas por su orden.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"MORALES ISAIAS MAXIMILIANO C/ HOURIET SILVANA JUDIT S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 474249/2013) – Interlocutoria: 565/15 – Fecha: 18/12/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

DAÑOS Y PERJUICIOS. CONDENA EN COSTAS. ALCANCE. TASA DE JUSTICIA Y CONTRIBUCION AL COLEGIO DE ABOGADOS. INTEGRALIDAD DE LA INDEMNIZACION.

> [...] la condena en costas respecto de la parte demandada, en los supuestos de daños y perjuicios, incluye el pago total de la tasa de justicia y de la contribución al Colegio de Abogados, más allá de la diferencia entre la base de liquidación de los tributos, conforme la normativa del Código Fiscal provincial, y el monto de lo debido a la víctima en concepto de reparación -en el sub lite la sentencia prosperó por un monto que equivale aproximadamente al 25% de la suma reclamada en la demanda-. De otro modo se estaría afectando la integralidad de la indemnización a percibir por aquella.

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de Diciembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MORALES ISAIAS MAXIMILIANO C/ HOURIET SILVANA JUDIT S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/.LESION O MUERTE", (Expte. Nº 474249/2013), venidos nuevamente a esta Sala II, integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, puestos los autos a estudio del Cuerpo, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada plantea aclaratoria respecto de la sentencia dictada por esta Cámara de Apelaciones, de fecha 3 de diciembre de 2015.

Habiendo sido presentada en término, corresponde analizar lo peticionado por la parte.

II.- Asiste razón a la peticionante respecto a que se ha omitido dar tratamiento a su queja referida a la forma de cargar el pago de la tasa de justicia y la contribución al Colegio de Abogados, puesto que lo cuestionado fue que la demandada, por ser condenada en costas, tuviera que asumir el pago total de estos tributos, cuando la sentencia ha prosperado por un monto que equivale aproximadamente al 25% de la suma reclamada en la demanda.

El antecedente de la Sala III que cita la presentante no es aplicable en autos, ya que la materia que allí se abordó era de carácter comercial, en tanto que en autos nos encontramos ante un juicio de daños y perjuicios, donde se intenta que la reparación que se otorgue a la víctima sea integral, en la medida de los daños acreditados, evitando que se vea disminuida por los gastos en que se vió obligada a incurrir para obtener el reconocimiento de su derecho. A lo que debe agregarse la función del seguro en supuestos como el de autos, que indica que la aseguradora tendría que efectivizar oportunamente su deber de indemnizar a la víctima, y no obligarla a transitar la vía judicial.

Por estos motivos es que se entiende que la condena en costas respecto de la parte demandada, en los supuestos de daños y perjuicios, incluye el pago total de la tasa de justicia y de la contribución al Colegio de Abogados, más allá de la diferencia entre la base de liquidación de los tributos, conforme la normativa del Código Fiscal provincial, y el monto de lo debido a la víctima en concepto de reparación. De otro modo se estaría afectando la integralidad de la indemnización a percibir por aquella.

En todo caso, la injusticia que representaría la carga tributaria, en estos supuestos, está ocasionada por la legislación fiscal, que omite considerar que la suma dineraria peticionada en la demanda por daños y perjuicios es meramente estimativa, y no por la distribución de las costas del proceso.

III.- Por lo dicho, se hace lugar a la aclaratoria planteada y se rechaza el agravio de la parte demandada referido a la distribución del pago de tasa de justicia y contribución al Colegio de Abogados.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II.

RESUELVE:

I.- Hacer lugar a la aclaratoria planteada y rechazar el agravio de la parte demandada referido a la distribución del pago de tasa de justicia y contribución al Colegio de Abogados.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, tómese nota en el resolutorio que se aclara y sigan los autos según su estado.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"ODONE ROMINA ANDREA C/ I.S.S.N. S/ INC. DE ELEVACION (EXP 70865/2015)" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 901/2015) – Interlocutoria: 481/15 – Fecha: 901/2015

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

SISTEMA DE PRESTACIONES BASICAS EN HABILITACION Y REHABILITACION INTEGRAL. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ÁMBITO DE APLICACIÓN. ACOMPAÑANTE TERAPEUTICO. ASISTENTE DOMICILIARIO. TRASPORTE AL ESTABLECIMIENTO ESCOLAR.

1.- Corresponde confirmar la resolución que hace lugar a la medida cautelar peticionada por la actora, y le ordena a la obra social accionada a sumir el 100% del costo real de un acompañante terapéutico para la niña F. M. por ocho horas diarias, asistente domiciliario de doce horas diarias de lunes a sábados y el transporte desde el domicilio hasta la Escuela sita en la ciudad de Cipolletti, y a la cobertura del 100% del costo real de un asistente domiciliario de doce horas diarias de lunes a sábados para la niña R. M., pues, en el presente caso no se encuentra discutida la importante discapacidad que presentan las hijas de la actora, acreditada, además, con los informes médicos aportados a la causa, los que también dan cuenta que los médicos tratantes han requerido las prestaciones que se han otorgado cautelarmente. Este extremo resulta suficiente para tener por configurado los recaudos de procedencia de toda medida cautelar: verosimilitud del derecho invocado y peligro en la demora.

2.- [...] es cierto que, (...), existiría en principio una superposición de funciones entre el acompañante terapéutico y el asistente domiciliario en el caso de la niña F., en atención a la carga horaria de uno y otro, pero entiendo que, tratándose de una medida cautelar, resulta aconsejable conceder la prestación conforme lo indicado

por los profesionales tratantes, debiendo antes de la sentencia definitiva aclararse debidamente el punto.

3.- En cuanto al transporte escolar para la niña F., la demandada sostiene que no es ella la obligada a solventarlo, aludiendo a que son otros organismos estatales quienes deben hacerse cargo del traslado entre el domicilio y la escuela, pero no indica concretamente quienes son estos entes, por lo que la medida dispuesta por la a quo en este aspecto resulta correcta. Ello, claro está, sin perjuicio que en el curso del proceso la demandada individualice correctamente el organismo estatal encargado de la prestación de transporte escolar, y en su caso la sentencia definitiva resuelva al respecto.

4.- [...] no puede el Instituto de Seguridad Social del Neuquén continuar escudándose en que las prestaciones como las que aquí se requieren son prácticas no nomencladas, excepcionales, que se atienden mediante "subsidio", cuando la Legislatura Provincial sancionó la Ley 2.644, que no sólo adhiere al régimen de la Ley nacional 24.901, sino que en su art. 2° señala al Instituto de Seguridad Social del Neuquén como ente necesario para la implementación de la normativa.

5.- El obligar a los afectados a acudir a la vía judicial para obtener prestaciones de rehabilitación a las que tienen derecho en virtud de los tratados internacionales celebrados por nuestro país, y la legislación nacional y provincial, no sólo constituye una afrenta a la normativa señalada, sino también y principalmente a la dignidad de las personas con discapacidad.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de Octubre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ODONE ROMINA ANDREA C/ I.S.S.N. S/ INC. DEELEVACION (EXP 70865/2015)", (Expte. INC N° 901/2015), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 2 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y de acuerdo al orden de votación, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpone recurso de apelación contra la resolución de fs. 218/221 vta. del presente incidente, que hace lugar a la medida cautelar peticionada por la actora, ordenando a la obra social accionada a sumir el 100% del costo real de un acompañante terapéutico para la niña F. M. por ocho horas diarias, asistente domiciliario de doce horas diarias de lunes a sábados y el transporte desde el domicilio hasta la Escuela nro. 24 de la ciudad de Cipolletti, y a la cobertura del 100% del costo real de un asistente domiciliario de doce horas diarias de lunes a sábados para la niña R. M..

a) La recurrente se agravia por entender que se ha lesionado el derecho de defensa y de propiedad de su parte, en cuanto se ordena la cobertura de acompañante terapéutico y asistente domiciliario.

Dice que se ha condenado a su parte a cumplir una obligación de objeto totalmente indeterminado, sin individualizar quién prestará dichos servicios, y sus costos. Agrega que la obligación que se impone a la obra social es sin límites ni topes, ya que si bien indica que la medida es provisoria y temporal, no especifica plazo alguno de duración.

Sigue diciendo que la jueza de grado no fundamenta de modo alguno su resolución, intentando justificar su decisión en los mayores beneficios que aportaría a la vida de las niñas, y así evitar la espera hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Sostiene que el fallo apelado deja de lado las pruebas aportadas por su parte, de las que surge que la cobertura de asistente domiciliario se encuentra otorgada en forma de subsidio, ya que no es una práctica nomenclada, en tanto que los valores abonados en tal concepto se han ido incrementando.

Reitera que la obra social está cumpliendo con lo solicitado por la actora desde antes de la interposición de la demanda, y que para el supuesto que la actora esté en desacuerdo con los montos otorgados, debe presentar los presupuestos pertinentes, lo que no ha hecho ni en sede administrativa ni judicial.

Señala como grave que, en el caso de F., sumando las horas de cobertura otorgadas, la niña tendría solamente cuatro horas de sueño, y que tampoco quedaría espacio para compartir con la madre.

Sostiene que una amplitud en la medida cautelar como la dispuesta en la sentencia recurrida deja abierta la puerta para que la demandante presente un presupuesto exorbitante, dejando de lado las facultades de auditoria y control que tiene la demandada, y la posibilidad de intentar convenir entre las partes parámetros al respecto.

La apelante también se agravia por la condena a dar cobertura de transporte escolar.

Dice que la orden judicial al respecto carece de argumento alguno que justifique la afirmación referida a la cercanía entre Neuquén y Cipolletti, las alternativas de rehabilitación en Cipolletti y que la demandada cuenta con prestadores en esa ciudad.

Señala que la actora nunca peticionó ante las autoridades correspondientes, ante los realmente obligados a prestar el transporte escolar.

Agrega que la elección de un establecimiento en el que los hijos de una persona deben recibir educación es una decisión individual que merece respeto, pero los inconvenientes personales que se generan en relación a ello no pueden ser trasladados a la obra social.

Cuestiona la conclusión de la a quo sobre que se encuentran reunidos los requisitos para despachar la medida cautelar.

En lo que respecta a la verosimilitud del derecho invocado, afirma que su parte no ha desconocido el derecho reclamado por la actora, por lo que no existe obrar arbitrario de la obra social. Por el contrario, concluye la recurrente, lo que resulta arbitrario es que la jueza de grado condene a la obra social a cumplir con un derecho, cuando éste ya fue otorgado.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 230/231 vta. del presente incidente.

Sostiene que el memorial de su contraria no contiene una crítica razonada y concreta del fallo apelado.

Defiende la decisión de la a quo, señalando que ella respeta el interés superior del niño y el derecho a la salud de sus hijas.

Entiende que son claras las previsiones de la Ley 24.901, cuando establece la obligatoriedad de cubrir en forma íntegra y total las prestaciones de acompañante terapéutico, asistente domiciliario y transporte y que, con relación a este último punto, en nada diferencia la ley respecto de traslados entre distintas provincias o ciudades.

Dice que encuadrar las prestaciones bajo forma de subsidio no resulta correcto, preguntándose, además, como hace para contratar un asistente domiciliario y un acompañante terapéutico bajo la extensión prescripta por los médicos tratantes con la suma de $ 2.500.

c) La Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente emite opinión a fs. 233/235 del presente incidente.

II.- A contario de lo sostenido por la parte actora, los agravios de la demandada reúnen los requisitos del art. 265 del CPCyC, en tanto de su lectura se comprende cuales son los puntos del fallo recurrido con los cuales no se acuerda y por qué.

Consecuentemente, se ha de abordar la queja de la apelante.

III.- Recientemente esta Sala II se ha expedido respecto de la cobertura a otorgar a personas con discapacidad, adhiriendo al criterio amplio –mayoritario en doctrina y jurisprudencia- sobre su interpretación.

Así, en autos "Capristo c/ I.S.S.N." (expte. n° 501.125/2014, P.I. 2015-V, n° 358) se dijo que "…en lo que refiere a la incorporación o no del acompañante domiciliario como gasto necesario para la rehabilitación de la actora, la ley 24.901, a la que nuestra provincia ha adherido por ley 2.644, define a la persona con discapacidad como aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables su integración familiar, social, educacional o laboral (art. 9).

"La condición de persona con discapacidad de la actora no se encuentra controvertida en autos. Más aún, la propia demandada ha dado atención a los reclamos de la amparista a través de su Unidad de Discapacidad (fs. 4/14).
"Consecuentemente, la amparista se encuentra alcanzada por la legislación citada.
"Luego, el art. 15 de la Ley 24.901 define lo que se considera prestaciones de rehabilitación: "…aquellas que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo interdisciplinario, tiene por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que una persona con discapacidad, alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social; a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones… En todos los casos se debe brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuera el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodología y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera" (el subrayado me pertenece)".
En el presente caso no se encuentra discutida la importante discapacidad que presentan las hijas de la actora, acreditada, además, con los informes médicos aportados a la causa, los que también dan cuenta que los médicos tratantes han requerido las prestaciones que se han otorgado cautelarmente. Este extremo resulta suficiente para tener por configurado los recaudos de procedencia de toda medida cautelar: verosimilitud del derecho invocado y peligro en la demora.
Cabe señalar con relación al peligro en la demora que en situaciones como la de autos, toda demora en el efectivo otorgamiento de la prestación es potencialmente dañosa.
Por otra parte, la misma demandada venía otorgando un "subsidio" para afrontar los gastos de acompañante terapéutico y asistente domiciliario para las niñas, claro que por un importe francamente insuficiente si se tiene en cuenta la realidad de la Provincia del Neuquén. No obstante ello, y más allá de la insuficiencia de la suma abonada, lo cierto es que la misma demandada está reconociendo la necesidad de las prestaciones.
En cuanto al transporte escolar para la niña F., la demandada sostiene que no es ella la obligada a solventarlo, aludiendo a que son otros organismos estatales quienes deben hacerse cargo del traslado entre el domicilio y la escuela, pero no indica concretamente quienes son estos entes, por lo que la medida dispuesta por la a quo en este aspecto resulta correcta. Ello, claro está, sin perjuicio que en el curso del proceso la demandada individualice correctamente el organismo estatal encargado de la prestación de transporte escolar, y en su caso la sentencia definitiva resuelva al respecto.
También es cierto que, como lo señala la recurrente, existiría en principio una superposición de funciones entre el acompañante terapéutico y el asistente domiciliario en el caso de la niña F., en atención a la carga horaria de uno y otro, pero entiendo que, tratándose de una medida cautelar, resulta aconsejable conceder la prestación conforme lo indicado por los profesionales tratantes, debiendo antes de la sentencia definitiva aclararse debidamente el punto.
Tampoco puedo atender la queja de la demandada referida a un posible abuso en los gastos de contratación de las prestaciones, dado que siempre debe prevalecer el interés de la persona con discapacidad y, más aún en autos, donde aquél se confunde con el interés superior del niño. De todos modos, puede siempre la demandada acreditar que los precios pretendidos son exorbitantes o exagerados, sometiendo el planteo a consideración de la jueza de primera instancia. Cabe recordar que en materia cautelar todas las resoluciones que se adoptan son provisionales, pudiendo ser alteradas en tanto se acredite un cambio en las circunstancias que determinaron su dictado (art. 202, CPCyC).
Este razonamiento sirve también para aventar la crítica de la apelante referida a la falta de plazo de vigencia de la cautela. No obstante ello, debe tenerse presente que las medidas cautelares son accesorias del proceso principal, por lo que, en principio, y fuera del supuesto contemplado en el ya citado art. 202 y en el art. 203 del CPCyC, las mismas se mantienen vigentes hasta tanto la sentencia definitiva adquiera carácter de cosa juzgada, o el trámite finalice por alguno de los otros modos previstos en la legislación procesal.
IV.- Finalmente, y más allá de la confirmación de la resolución atacada, que he de propiciar, me parece importante destacar que no puede el Instituto de
Seguridad Social del Neuquén continuar escudándose en que las prestaciones como las que aquí se requieren son prácticas no nomencladas, excepcionales, que se atienden mediante "subsidio", cuando la Legislatura Provincial sancionó

la Ley 2.644, que no sólo adhiere al régimen de la Ley nacional 24.901, sino que en su art. 2° señala al Instituto de Seguridad Social del Neuquén como ente necesario para la implementación de la normativa.
La ley referida ha sido sancionada el día 27 de mayo de 2009, promulgada el día 12 de junio de 2009 y publicada el día 26 de junio de 2009, encontrándose ampliamente cumplido el plazo de 90 días establecido en su art. 5° para proceder a su implementación.
El obligar a los afectados a acudir a la vía judicial para obtener prestaciones de rehabilitación a las que tienen derecho en virtud de los tratados internacionales celebrados por nuestro país, y la legislación nacional y provincial, no sólo constituye una afrenta a la normativa señalada, sino también y principalmente a la dignidad de las personas con discapacidad.
V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y confirmar el resolutorio recurrido.
Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la parte demandada (art. 69, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.
El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:
Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.
Por ello, esta Sala II
RESUELVE:
I.- Confirmar el resolutorio de fs. 218/221 vta.
II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la parte demandada (art. 69, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.
III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.
Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI
Dra. Micaela ROSALES – SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"BARRIGA JUAN MATIAS C/ QBE ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 449470/2011) – Sentencia: 05/16 – Fecha: 11/02/2016

DERECHO LABORAL: Accidente de trabajo.

LEY DE RIEGOS DEL TRABAJO. AMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY. INVALIDEZ. INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL. PRESTACIONES DINERARIAS. PISO MINIMO. FECHA DE CÁLCULO. INDEMNIZACION ADICIONAL DE PAGO UNICO.

1.- En tanto la norma del art. 17° inc. 5 de la Ley 26.773 es contraria a la Constitución Nacional, corresponde declarar su invalidez.

2.- Tal como ya se señaló en autos "Ozorio Escubilla c/ Prevención ART S.A." (expte. n° 456.038/2011, P.S. 2015-VII, n° 144) no se puede aplicar en el sub lite el piso mínimo pretendido por la actora, fijado en resolución de la Secretaría de Seguridad Social de

la Nación –Nro. 6/2015-, ya que no resulta lógico ni justo comparar una suma dineraria determinada en base a valores sin actualizar, con otra actualizada por índice RIPTE.

3.- En cuanto a la aplicación del art. 3 de la Ley 26.773 –indemnización adicional de pago único-, en virtud de la declaración de inconstitucionalidad de la norma del art. 17 inc. 5 de la misma ley, no existe impedimento alguno para su aplicación.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de Febrero del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BARRIGA JUAN MATIAS C/ QBE ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557", (Expte. N° 449470/2011), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 1 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia CLERICI y Marcelo J. MEDORI, por encontrarse separado de la causa el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpone recurso o de apelación contra la sentencia de fs. 227/232, que hace lugar a la demanda, condenando a la demandada al pago de la suma de $ 99.930 con más sus intereses y las costas del proceso.

A) La recurrente se agravia porque no se ha aplicado integralmente la Ley 26.773, ni la Resolución n° 6/2015 de la SSN.

Cita el precedente "Sepúlveda c/ Galeno ART S.A." de la Sala II de esta Cámara de Apelaciones, sosteniendo que en él se resolvió que corresponde computar el piso mínimo establecido en el Decreto n° 1.694/2009 incrementado conforme la variación del índice RIPTE.

Sostiene que el a quo incurre en violación de los principios iura novit curia e in dubio pro operario, dado que al alegar se hizo referencia a la aplicación de los arts. 3, 8 y siguientes, y también se solicitó la declaración de inconstitucionalidad del inc. 5 del art. 17 de la Ley 26.773, no surgiendo con claridad cuales son los motivos que justifican la no declaración de inconstitucionalidad de la norma mencionada, tal como fuera peticionado por su parte.

Dice que el juez de grado aplicó la Ley 26.773 en forma parcial.

Sigue diciendo que también se omitió la aplicación de la Resolución n° 6/2015, derecho vigente que no tenía que ser invocado para su aplicación, y esta omisión perjudica al trabajador y garantías de raigambre constitucional.

Por ende se agravia porque la sentencia recurrida considera como piso mínimo la suma de $ 402.480, cuando se debió utilizar el piso mínimo fijado en la Resolución n° 6/2015, que es de $ 713.476, por lo que el 17,5% -correspondiente a la incapacidad del trabajador- determina una indemnización de $ 124.858,30, importe superior al de condena.

Cita jurisprudencia.

Formula queja por la no aplicación del art. 3° de la Ley 26.773. Afirma que la ley no realiza la diferenciación que hace el juez de grado, entre siniestros ocurridos antes y después de su entrada en vigencia. Cita jurisprudencia.

B) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 253/254 vta.

Dice que en realidad la Ley 26.773 es inaplicable al caso de autos y que, incluso, es errónea la aplicación en el sub lite del Decreto n° 1.694/2009.

Defiende la constitucionalidad del art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773.

II.- La controversia traída a conocimiento de la Cámara de Apelaciones refiere a la aplicación del art. 3 de la Ley 26.773 y al piso mínimo tomado por el a quo para comparar con el resultado de la fórmula del art. 14 de la Ley 24.557.

La sentencia de primera instancia se encuentra firme en cuanto a la existencia del accidente de trabajo y de incapacidad laborativa derivada de este hecho dañoso, como así también en cuanto a que dicha incapacidad se tabula en 17,5%.

Luego, tampoco se han formulado agravios respecto de los elementos de la fórmula del art. 14 de la LRT indicados en la sentencia de grado, cuyo resultado asciende a la suma de $ 99.930,00.

El agravio de la recurrente radica en la omisión de considerar el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 17° inc. 5 de la Ley 26.773, y en consecuencia no aplicar el incremento indemnizatorio del art. 3° de la ley citada, y tomar un piso mínimo distinto al de la Resolución n° 6/2015 de la Secretaría de Seguridad Social de la Nación.

El a quo no se ha expedido respecto del acuse de inconstitucionalidad del art. 17° inc. 5 de la Ley 26.773, aunque ha aplicado esta última norma a través de la disposición del inc. 6 del ya citado art. 17°.

Tratándose de una petición concreta de la parte actora, formulada en una etapa procesal idónea –al formular alegatos-, el juez de grado debió manifestar por qué determina la constitucionalidad de la norma en cuestión, ya que se trata de un tema que se vincula directamente con el objeto de la litis, y, además, la aplicación de la nueva legislación a través de la vía utilizada en la sentencia de grado, tal como lo destaca la apelante, no es integral.

Conforme lo he dicho en autos "Huaiquillan Curriqueo c/ Produc. Frutas Arg. Coop. Seg." (expte. 414.984/2010, P.S. 2013-III, n° 98): "el régimen de la Ley 24.557 se enmarca dentro del ámbito de la seguridad social, conforme lo señalé en autos "Basualdo". Sobre ello existe consenso mayoritario en la doctrina, con alguna voz disidente.

"Señala Jorge García Rapp ("Responsabilidad individual o seguridad social" en "Riesgos del Trabajo" dirig. por Jorge Rodríguez Mancini y Ricardo Foglia, Ed. La Ley, 2008, pág. 289/291) que "la Argentina, en materia de reparación de los infortunios laborales –desde la sanción de la ley 9688 (1915) adoptando el modelo basado en la responsabilidad individual del empleador-, se mantuvo dentro del ámbito del derecho del trabajo, debiendo acreditarse la relación entre la dolencia y el trabajo, y cuya reparación estaba constituida por la indemnización tarifada de pago único, exclusivamente a cargo del empleador, quién podía sustituir su responsabilidad contratando un seguro.

"Sin embargo, en las legislaciones más modernas, y en gran parte de la doctrina, se ha impuesto el criterio de que la prevención y reparación de los accidentes y enfermedades profesionales trasciende el marco del derecho del trabajo, y es la seguridad social la que debe regular la cobertura de las necesidades derivadas de la muerte o la disminución de la capacidad laborativa del trabajador.

"La Organización Internacional del Trabajo, define la seguridad social como "La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos".

"Podemos sostener que la cobertura de los riesgos del trabajo es una de las ramas de la seguridad social, la más antigua y extendida de ellas, y en respaldo de esa afirmación citar el propio Convenio 102 de la OIT sobre Seguridad Social (norma mínima) de 1952, que en su Parte IV, se ocupa de las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesional".

"En el mismo sentido se ha pronunciado Juan José Etala, quién se inclina por incluir la legislación sobre accidentes de trabajo dentro de los sistemas de seguridad social (cfr. aut. cit., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. EDIAR, 1966, pág. 164).

"Con específica referencia a la Ley 24.557, Antonio Vázquez Vialard sostuvo que se trata de un régimen de seguridad social, con fundamento en el tipo de contingencias cubiertas y en el hecho de ser un sistema obligatorio (cit. por García Raff, Jorge, op. cit., pág. 298/299).

"Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar la causa "Gorosito c/ Riva S.A." (LL 2002-A, pág. 936) señaló que el legislador incluyó el régimen de riesgos del trabajo más en el terreno de la seguridad social que en el del derecho del trabajo. Igual criterio mantuvo la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (autos "Quiroga c/ Ciccone Calcográfica S.A.", sentencia del 23/4/2003), para quién la LRT se inserta como un subsistema de la seguridad social.

"…Pues bien, perteneciendo la LRT y sus modificatorias al sistema de seguridad social, "resulta manifiestamente contradictorio que una mejora en las prestaciones dinerarias discrimine entre quienes sufrieron un siniestro antes o después de la entrada en vigencia de la norma legal. Porque, repito, la Seguridad Social mira la contingencia, y en nuestro caso la contingencia no es el hecho dañoso, sino el daño. Y el daño es idéntico en un trabajador amputado

con anterioridad o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 26.773" (cfr. Ramírez, Luis E., "Aspectos salientes de la reforma de la Ley de Riesgos del Trabajo", LL, Sup. Especial Nueva Ley de Riesgos del Trabajo, noviembre/2012, pág. 62).

"En consecuencia, el art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773, en cuanto condiciona la prestación de la cobertura que la norma determina, superadora de las prestaciones contenidas en la legislación anterior, resulta violatorio de la manda del art. 14 bis de la Constitución Nacional en cuanto determina que los beneficios de la seguridad social tienen carácter de integrales e irrenunciables.

"La misma Corte Suprema de Justicia de la Nación ha calificado a la justicia social –manifestada entre otros derechos, por el de la seguridad social-, como la justicia en su más amplia expresión, dirigida a ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vista a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización (cfr. autos "Bercaitz s/ jubilación", Fallos 289:430).

"Desde esta concepción, resulta claro que nunca pudo el legislador condicionar el otorgamiento de un beneficio de la seguridad social, aún cuando su ejecución esté delegada en una persona de derecho privado, a que el evento dañoso haya ocurrido antes o después de determinada fecha. Ello así por cuanto, tal como lo pone de manifiesto Luis Ramírez, se discrimina arbitrariamente -ya que el daño es el mismo- entre los beneficiarios de la prestación, colocando en mejor situación a un grupo de trabajadores por el solo hecho de que la primera manifestación invalidante de su enfermedad o el accidente se produzca después de la publicación de la norma en el Boletín Oficial.

"Asimismo, la barrera temporal que la Ley 26.773 pone al otorgamiento de mejores prestaciones conculca la integralidad e irrenunciabilidad que la norma constitucional otorga a los beneficios de la seguridad social, conforme lo afirmé, desde el momento que tales caracteres exigen que la mejora de las prestaciones de un sistema dado –tal la consecuencia de la Ley 26.773- tengan vigencia inmediata para todos aquellos que se encuentren en igualdad de condiciones, la que comprende a todo trabajador víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, más allá del momento en que se verificó el hecho dañoso, en tanto su situación jurídica no se haya consolidado antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa".

De lo dicho se sigue que, en mi opinión, la norma del art. 17° inc. 5 de la Ley 26.773 es contraria a la Constitución Nacional, correspondiendo declarar su invalidez.

III.- Sentado lo anterior, y yendo al piso mínimo cuya aplicación propicia la apelante, entiendo que no le asiste razón.

Tal como ya lo señalé en autos "Ozorio Escubilla c/ Prevención ART S.A." (expte. n° 456.038/2011, P.S. 2015-VII, n° 144) no puedo aplicar en el sub lite el piso mínimo pretendido por la actora, fijado en resolución de la Secretaría de Seguridad Social de la Nación, ya que no resulta lógico ni justo comparar una suma dineraria determinada en base a valores sin actualizar, con otra actualizada por índice RIPTE.

Entiendo que el proceder correcto es comparar el resultado de la fórmula del art. 14 de la Ley 24.557 con el piso mínimo vigente a ese momento, lo que en autos importa que la comparación debió realizarse con un piso mínimo de $ 31.500,00 (180.000 x 17,5%) que, de todos modos, sigue siendo inferior al resultado de la fórmula antedicha.

Dejo sentado que en el precedente de esta Sala II que cita la recurrente ("Sepúlveda c/ Galeno ART S.A.", expte. 450.095/2011, P.S. 2015-V, n° 103), la suscripta no sostuvo el criterio que refiere la expresión de agravios.

Consecuentemente ha de confirmarse la sentencia de grado en cuento determina el capital de condena en el resultado de la fórmula del art. 14 de la LRT.

IV.- En cuanto a la aplicación del art. 3 de la Ley 26.773, en virtud de la declaración de inconstitucionalidad de la norma del art. 17 inc. 5 de la misma ley, no existe impedimento alguno para su aplicación.

Consecuentemente el capital de condena ha de incrementarse en un 20%, fijándolo en la suma de $119.916,00.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, y modificar, también parcialmente, el resolutorio apelado, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 119.916,00, confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

En atención al resultado de la apelación se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia (art. 279, CPCyC), procediendo a una nueva regulación: 16% de la base regulatoria (que incluye capital e intereses, art. 20 Ley 1.594) para la letrada patrocinante de la parte actora Dra. ...; 6,4% de la base regulatoria para el apoderado de la misma parte, Dr. ...; 11,2% de la base regulatoria para el letrado patrocinante de la parte demandada, Dr. ...; y 4,48% de la base regulatoria para el apoderado de esta última parte, Dr. ..., todo de acuerdo con lo establecido en los arts. 6, 7, y 10 del arancel correspondiente.

Los honorarios del perito médico Dr. ... se regulan en el 3% de la base regulatoria, teniendo en cuenta la labor desarrollada y la adecuada proporcionalidad que deben guardar con la retribución de los abogados de las partes.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuente el resultado de la apelación, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC), regulando los honorarios de los abogados intervinientes Dres. ..., ..., ... y ... en el 30% de la suma que por igual concepto se determine para cada uno de ellos para la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

El Dr. Marcelo J. MEDORI dijo:

En orden a los términos del memorial introducido por el actor, que fueron taxativamente transcriptos y analizados en el voto que antecede, estimo oportuno reseñar que ya me he expedido sobre las cuestiones jurídicas en debate que hacen a la liquidación del haber indemnizatorio que contempla la Ley de Riesgos de Trabajo, aplicando en forma inmediata las mejoras efectuadas por decretos o leyes modificatorias, dando cuenta de la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio en ejercicio del control jurisdiccional difuso de legalidad ("DIAZ GLADYS ELIANA C/ COOPERATIVA COPELCO S/ DESPIDO" (Expte. Nº 309108/4), sent. del 19 de mayo del 2006); de la aplicación del dec. 1694/09, declarando la inconstitucionalidad del art. 16 del mismo ("BASUALDO HORACIO ALFREDO C/ PREVENCION ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. Nº 391051/9 sent. del 24 de mayo del 2011); y de igual manera, en relación a la ley 26.773, declarando la inconstitucionalidad del art. 17 inc. 5 a los efectos ("FUENTEALBA SERGIO ARIEL C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. Nº 413.572/10 sent. del 19 de septiembre del 2013), tal el adicional del 20% del art. 3° de la última norma citada, remitiéndome al análisis y fundamentos dados -a lo que me remito por razones de brevedad- sin que tal interpretación implique la aplicación retroactiva de las normas, ni que se afecte el derecho de propiedad de la ART obligada por prestaciones (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 3 inc. n de la Const. Prov.; 2 y 3 del Cód. Civ.; 11 y 49 ap. 5 de la ley 24.557; ley 26.773; dec. 1694/09; y 163 inc. 5 del C.P.C.C.).

Vale destacar que este criterio es mayoritario en esta cámara, en lo que hace tanto a la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio y a la aplicación inmediata de la normativa de ajuste de la LRT, habiéndome expedido al decidir en "FUENTEALBA SERGIO ARIEL C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. Nº 413.572/10 sent. del 19 de septiembre del 2013 al que adhiere el Dr. Gisini), en los autos "MENDEZ JUAN AGUSTIN C/ CONSOLIDAR ART.S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (EXP Nº 377393/8) (Sala I, Dr. Pascuarelli), y en "FUENTES CRISTIAN GILBERTO C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ RECURSO" (Expte. Nº 412674/10) (sala II, Dra. Clerici).

Ello, en razón de la evidente y confiscatoria desactualización de las tarifas fijadas tras el transcurso de casi diez años y el rigor inmediato de la ley a créditos aún no cancelados, en el marco del art. 3 del Cód. Civ., contradiciendo la normativa de transición referida los propios motivos de urgencia económica y excediendo la expresa delegación legislativa formulada en el art. 11 inc. 3 de la LRT, ya que el PEN, autoridad reglamentaria, debía solamente determinar la mejora correspondiente de las prestaciones de acuerdo a las circunstancias económicas generales, de ninguna manera podía condicionar su entrada en vigencia, postergando aún más la recomposición de las indemnizaciones por incapacidad de los trabajadores damnificados.

En definitiva, atento el resultado de la fórmula aplicable para determinar la prestación dineraria que parte del ingreso base del actor por ser mayor al valor mínimo ajustados siguiendo la Ley 26773 (conf. "CORREA SERGIO C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. EXP Nº 442094/2011 Sent. 11 de septiembre de 2014), así como, procedente el adicional del 20% del art. 3° de la Ley 26773, habré de adherir al análisis y solución propiciada en el voto que antecede.

Por ello, esta SALA II.

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 227/232 en relación al capital de condena, el que se fija en la suma de PESOS CIENTO DIECINUEVE MIL NOVECIENTOS DIECISEIS ($119.916,00), confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

II.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia (art. 279, CPCyC), y proceder a una nueva regulación: 16% de la base regulatoria (que incluye capital e intereses, art. 20 Ley 1.594) para la letrada patrocinante de la parte actora Dra. ...; 6,4% de la base regulatoria para el apoderado de la misma parte, Dr. ...; 11,2% de la base regulatoria para el letrado patrocinante de la parte demandada, Dr. ...; y 4,48% de la base regulatoria para el apoderado de esta última parte, Dr. ..., todo de acuerdo con lo establecido en los arts. 6, 7, y 10 del arancel correspondiente.

III.- Regular los honorarios del perito médico Dr. ... en el 3% de la base regulatoria, por los motivos indicados en los considerandos pertinentes.

IV.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuente el resultado de la apelación, en el orden causado (art. 71, CPCyC).

V.- Regular los honorarios de los abogados intervinientes en esta instancia, Dres. ..., ..., ... y ... en el 30% de la suma que por igual concepto se determine para cada uno de ellos para la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

VI.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. MARCELO MEDORI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"SIEBEN MARIA MARTA Y OTRO C/ JASAN NILDA SUSANA Y OTROS S/ D. Y P. RESPONSAB. EXTRACONT. ESTADO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 381798/2008) – Sentencia: 06/16 – Fecha: 11/02/2016

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad Extracontractual del Estado.

MOBBING. PRESCRIPCION LIBERATORIA. COMIENZO DEL CURSO DE LA PRESCRIPCION. DAÑO. CONDUCTA ANTIJURÍDICA. DAÑO CONTINUADO. RAZONABLE POSIBILIDAD DE INFORMACION DEL DAÑO.

1.- Cabe rechazar la excepción de prescripción opuesta por la codemandada contra la demanda incoada por quien denunció malos tratos y persecución laboral de parte de la directora del establecimiento educativo, pues, ni el hecho dañoso ni el daño que éste habría provocado acaecen en un momento único, sino que se extienden en el tiempo. De ello se sigue la inconveniencia de fijar como punto de inicio del cómputo del plazo de prescripción, la fecha del primero o del último de estos hechos, cuando no surge de las constancias de la causa que en esas oportunidades la parte actora haya tenido conocimiento de la existencia del daño o de la antijuridicidad de la conducta del dañador.

2.- No debemos perder de vista que en esta causa las actoras reclaman el resarcimiento del daño proveniente de mobbing o acoso laboral, y esta figura importa inexcusablemente para su configuración de un encadenamiento a lo largo de un período de tiempo, de intentos o acciones hostiles consumadas, expresadas o manifestadas por una o varias personas hacia una tercera (cfr. Alfie, Ana Clara, "La violencia en el trabajo. Apuntes para su abordaje integral en el Anteproyecto de Código del Trabajo", Revista de Derecho del Trabajo, Ed. Infojus, Año IV, n° 10, pág. 7).

3.- En estos supuestos, donde el daño es consecuencia de una actitud que perdura en el tiempo, es importante que la víctima conozca la existencia del perjuicio, ya que sin ese saber mal podría promover acción alguna. Más este conocimiento no debe ser cabal y en sentido riguroso, sino que basta con la razonable posibilidad de información para que comience a correr el término de la prescripción (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, "Problemática de la prescripción liberatoria en derecho de daños" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 22, pág. 34).

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de Febrero de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SIEBEN MARIA MARTA Y OTRO C/ JASAN NILDA SUSANA Y OTROS S/ D. Y P. RESPONSAB. EXTRACONT. ESTADO", (Expte. N° 381798/2008), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL Nro. 2 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora plantea recurso de apelación contra la sentencia de fs. 1.122/1.132 vta., que hace lugar a la excepción de prescripción y, en consecuencia, rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) Luego de reseñar los antecedentes del caso, la apelante señala que el mal trato laboral pudo tener inicio en el año 2005, pero no cesa, ni tampoco lo hace el daño psicológico cuya reparación se demanda. Aclara que se trata de una persecución que se da en forma continua, extendiéndose incluso con posterioridad a la iniciación de la demanda, y que llevara al Consejo Provincial de Educación, mediante Disposición n° 328 de fecha 20 de octubre de 2008, a iniciar contra la demandada Jasán prevención sumarial "por malos tratos y persecución laboral".

Dice que la jueza de grado circunscribe la persecución a los hechos ocurridos en el año 2006, que fueran citados a título ejemplificativo, por lo que no implica que no existiera mal trato con posterioridad a esa fecha.

Sostiene que ha existido una lectura incorrecta del texto de la demanda, ya que en ella claramente se señala que a partir del año 2003 –cuando aún no era directora la señora Jasán, y por ende tampoco existía mobbing-, la actora Herrera debe iniciar tratamiento de diálisis; y que es a partir de la asunción de la codemandada Jasán en el cargo de directora, en el año 2005, que se empieza a gestar la persecución, cuya consecuencia fue el daño psicológico sufrido por las actoras.

Se agravia por el acotamiento que hace la sentencia de la demanda, reduciéndola a algunos hechos puntuales, citados por haber sido el punto de inicio de una persecución que se prolongaría en el tiempo, pero que no fueron ni los únicos, ni los más graves, ni muchos menos los últimos.

Afirma que en la demanda se denunció un trato denigrante e inhumano, donde abundan expresiones tales como "inútil", "atorranta", "parásito", trato que no sólo contribuyó a agravar el precario estado de salud de la señora Herrera, sino que lesionó su autoestima, produciéndole crisis de angustia y depresión.

Manifiesta que en la misma demanda se sitúa en el año 2007 un incremento en el mal trato, con el objetivo de obtener una renuncia.

Considera que la sentencia de grado no analiza la prueba testimonial, ni la documental, la informativa y la pericial que ubican temporalmente en el año 2007, los agravios descalificantes.

Transcribe parte de los testimonios de autos, concluyendo en que de los dichos de los testigos surge el acoso laboral desatado contra madre e hija a lo largo de un lapso que llega incluso hasta la fecha de promoción de la demanda, y el real acaecimiento de estos hechos surge, a su vez de las denuncias por mal trato, de los certificados médicos y de los informes psicológicos, y especialmente de las pericias ordenadas por el juzgado.

Reseña el informe de la perito psicóloga, y la respuesta al pedido de explicaciones dada por la experta.

Igual hace con el informe del perito médico.

Considera que si solo hubiera existido un único hecho ilícito, es evidente que desde la fecha de su acaecimiento comienza el conteo del término prescriptivo, pero tanto de la demanda como de la prueba producida surge que con posterioridad a la fecha tomada por la a quo, concretamente desde el 15 de agosto de 2006 y hasta la licencia del 30 de junio de 2008, fueron casi dos años en que las actoras sufrieron una persecución continua. Afirma que se está ante un ilícito continuado que, por otro lado, es propio del mobbing, ya que la existencia y consolidación del daño requiere como presupuesto una continuidad en el acoso.

En este entendimiento, continúa su argumentación la apelante, no importa el tiempo transcurrido desde el inicio del acoso laboral, puesto que para el cómputo de la prescripción se toma la fecha del último ataque, o el momento en que el trabajador deja de estar en estado de indefensión, y no desde el comienzo de la conducta persecutoria.

Reconoce que en el escrito inicial se señala que la actora Siebens fue dañada por el mal trato padecido por su hija, pero la demanda tiene una mayor extensión, ya que ella misma manifiesta haber sido objeto de persecución, surgiendo esta última circunstancia acredita con la prueba testimonial y las pericias de autos.

Reitera que el error que comete la magistrada de grado es considerar que el daño se produce en el año 2006, con los incidentes que cita.

Seguidamente denuncia la existencia de contradicción en el fallo recurrido, ya que se comienza manifestando que en el presente caso puede considerarse que existe un litis consorcio facultativo, pero luego pretende cambiar la naturaleza del litis consorcio, a pasivo necesario. Cita jurisprudencia referida a los efectos que el acogimiento de la prescripción tiene en el litis consorcio.

Explica que a la directora se la ha demandado por actos de persecución, insultos y malos tratos; a Barberini, por complicidad al silenciar las denuncias y avalar la posición de la directora; y al Consejo Provincial de Educación, en su carácter de empleador.

Se agravia por la conclusión de la a quo respecto a la existencia de obligaciones solidarias, cuando se trata, en realidad, de obligaciones conexas.

b) La codemandada Jasan contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 1.159/1.162.

Denuncia que el memorial de su contraria no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Recuerda que en el ámbito extracontractual la prescripción comienza a correr desde el día de la comisión del hecho ilícito, o bien desde la fecha en que el damnificado tomó conocimiento real y efectivo de su existencia. Seguidamente pone de manifiesto que el cabal conocimiento del porcentaje de incapacidad no es un dato relevante a los efectos del inicio del cómputo de la prescripción.

Dice que la prueba testimonial no resulta concluyente para determinar que durante el período de tiempo que la demandada estuvo a cargo de la dirección y que las actoras gozaron de licencia, pudiera haber existido alguna situación de mal trato vinculada con las condiciones personales de las demandantes, que responda a las particulares notas que se exige para la calificación de mobbing.

Agrega que, por el contrario, son numerosos los testimonios de autos que refieren animosidad de las actoras respecto de la demandada, como así también que el trato brindado por la señora Jasán era el adecuado.

Sigue diciendo que no existe prueba del hostigamiento denunciado; y que la propia recurrente reconoce que algunos de los problemas que se observaron estaban presentes en la estructura psíquica previa a los hechos.

Destaca que el informe pericial psicológico determinó que al momento de sufrir el supuesto daño, las actoras contaban ya con una autoestima herida.

Pone de manifiesto que el hecho que el empleador ejerza sus funciones de control y supervisión en cuanto al cumplimiento de las tareas, no es configurativo, en si mismo, de una persecución, ni menos aún de acoso.

Se explaya respecto del mobbing y sus características, para concluir que éste no ha sido probado en autos.

c) Los codemandados Barberini y Consejo Provincial de Educación no contestaron los traslados corridos.

II.- En primer lugar, el memorial de agravios reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, constituyendo una crítica razonada y concreta del fallo recurrido, circunscripta al motivo del rechazo de la demanda (acogimiento de la excepción de prescripción), por lo que corresponde abordar la queja en él plasmada.

III.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación planteado en estas actuaciones, corresponde señalar que la sentencia de grado lleva fecha 21 de julio de 2015, por lo que la normativa en base a la cual se debe abordar la cuestión litigiosa es el Código Civil de Vélez Sarsfield.

Sentado lo anterior, la a quo ha hecho lugar a la excepción de prescripción opuesta por la codemandada Jasán, por entender que los hechos denunciados en la demanda comienzan en agosto de 2006, momento a partir del cual debe computarse el plazo prescriptivo, a la vez que hace extensiva esta defensa respecto de los restantes codemandados.

La apelante critica ambas conclusiones.

He de comenzar el análisis por la cuestión referida a si ha operado o no la prescripción de la acción.

La prescripción liberatoria ha sido definida jurisprudencialmente como una sanción prevista por el derecho, mediante la cual se priva al acreedor de la facultad de exigir el cumplimiento de su crédito, cuya operatividad se encuentra sujeta a la voluntad del deudor que la puede renunciar (cfr. Cám. Apel. Civ. y Com. San Juan, Sala I, 20/5/1998, "Robles de Pauliello", LL Gran Cuyo 1999, pág. 801).

El art. 3.949 del Código Civil señala que "La prescripción liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere".

Félix A. Trigo Represas señala que son básicamente dos los requisitos de la prescripción liberatoria: el transcurso del tiempo y la inactividad del titular del derecho durante el plazo fijado por la ley para que aquella opere. Pero, sigue diciendo el autor citado, pueden agregarse otros tres recaudos: a) que se trate de derechos o acciones susceptibles de prescribir, ya que existen algunas que son imprescriptibles; b) que el derecho sea exigible y el titular esté, por lo tanto, en condiciones de ejercitarlo, haciendo valer la respectiva acción, ya que recién desde ese entonces puede computarse su inactividad; y c) que la prescripción sea opuesta o hecha valer por la parte a quién interesa su declaración, puesto que los jueces no pueden decretarla de oficio. Asimismo recuerda Trigo Represas que, en caso de duda sobre si una prescripción se encuentra o no cumplida, nuestra doctrina y jurisprudencia han entendido que debe estarse por la subsistencia de la acción, en razón de que por tratarse la prescripción de un instituto que conduce a la aniquilación de un derecho, debe ser interpretado restrictivamente (cfr. aut. cit., "Código Civil Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. "Privilegios. Prescripción. Aplicación de Leyes Especiales", pág. 287).

En autos la controversia se plantea en torno al recaudo señalado con la letra b), que se vincula directamente con el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de prescripción.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que el inicio del curso de la prescripción debe ubicarse en el momento a partir del cual la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer y, como regla general, ello acontece cuando sucede el hecho que origina la responsabilidad, pero, excepcionalmente, si el daño aparece después, la acción resarcitoria no nace hasta ese segundo momento, pues no hay resarcimiento si el daño es inexistente (cfr. autos "Wiater c/ Estado Nacional", sentencia del 4/11/1997).

La prescripción se funda en la inacción del acreedor, y no existe esta inacción si ha mediado imposibilidad de accionar judicialmente. Por ello, se ha sostenido que es un principio uniformemente aceptado que la prescripción comienza a

correr desde el momento en que el acreedor tiene expedita su acción (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala G, 15/12/1982, ED 104, pág. 526).

Esta premisa, en materia de daños, tiene otra vuelta de tuerca, y es que, muchas veces, la víctima-acreedor no conoce de la existencia del daño aunque éste se encuentre ya configurado, y a veces del acaecimiento del hecho dañoso.

Tal ocurre cuando, como sucede en autos, ni el hecho dañoso ni el daño que éste habría provocado acaecen en un momento único, sino que se extienden en el tiempo. De ello se sigue la inconveniencia de fijar como punto de inicio del cómputo del plazo de prescripción, la fecha del primero o del último de estos hechos, cuando no surge de las constancias de la causa que en esas oportunidades la parte actora haya tenido conocimiento de la existencia del daño o de la antijuridicidad de la conducta del dañador.

No debemos perder de vista que en esta causa las actoras reclaman el resarcimiento del daño proveniente de mobbing o acoso laboral, y esta figura importa inexcusablemente para su configuración de un encadenamiento a lo largo de un período de tiempo, de intentos o acciones hostiles consumadas, expresadas o manifestadas por una o varias personas hacia una tercera (cfr. Alfie, Ana Clara, "La violencia en el trabajo. Apuntes para su abordaje integral en el Anteproyecto de Código del Trabajo", Revista de Derecho del Trabajo, Ed. Infojus, Año IV, n° 10, pág. 7).

En estos supuestos, donde el daño es consecuencia de una actitud que perdura en el tiempo, es importante que la víctima conozca la existencia del perjuicio, ya que sin ese saber mal podría promover acción alguna. Más este conocimiento no debe ser cabal y en sentido riguroso, sino que basta con la razonable posibilidad de información para que comience a correr el término de la prescripción (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, "Problemática de la prescripción liberatoria en derecho de daños" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 22, pág. 34).

Trasladando estos conceptos al supuesto de autos, no resulta correcta la decisión de la a quo de situar el inicio del término de la prescripción el día 16 de agosto de 2006 (comienzo de los hechos fundantes de la acción), toda vez que, como lo adelanté, no resulta de las constancias de la causa que las actoras conocieran, a ese momento, la existencia del daño antijurídico.

Consecuentemente, si no podemos asegurar que en esa oportunidad se tuviera conocimiento de la configuración del daño, supuesto más que probable si consideramos que en estas formas de violencia la víctima al comienzo del hostigamiento no es consciente de la persecución y el consiguiente perjuicio para su salud, mal podemos, a su vez, sostener que desde la fecha indicada en la sentencia de grado, las demandantes se encontraron en condiciones de promover la acción que les otorga su derecho.

Este conocimiento, o posibilidad cierta de conocimiento por parte de la víctima, lo ubico el día 28 de septiembre de 2007, fecha de la nota remitida por la actora Herrera al Supervisor de Adultos del Consejo Provincial de Educación (fs. 25/vta.), en la cual la accionante señala que reclama sobre el trato laboral dispensado por la directora del establecimiento educativo, denunciando agravios y discriminación. Cabe aclarar que si bien la nota no se encuentra suscripta por la señora Herrera, ha sido acompañada como parte de la prueba documental adjuntada con la demanda, por lo que resulta de valor a efectos de determinar el momento más temprano de toma de conocimiento por parte de la víctima de la existencia de una conducta generadora de daño.

Partiendo de la fecha antedicha, y en base al término de prescripción establecido en el Código Civil de Vélez Sarsfield, en oportunidad de la interposición de la demanda (9 de diciembre de 2008, fs. 49 vta.), la acción no había prescripto.

Consecuentemente corresponde revocar el decisorio de primera instancia, y rechazar la excepción de prescripción opuesta por la codemandada Jasán.

En atención a lo aquí decidido deviene abstracto el tratamiento de la crítica respecto de la extensión de los efectos de la prescripción a los restantes codemandados.

IV.- Llegado a este punto, entiendo que no puede la Alzada avanzar sobre el fondo de la cuestión ventilada en este expediente, sino que el mismo debe ser devuelto a la instancia de grado para que la jueza interviniente analice la procedencia o improcedencia de la acción de daños y perjuicios.

No dejo de advertir la dilación que ha de producir la decisión que propicio pero, a partir de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, entiendo que la doble instancia en materia civil tiene rango constitucional, como consecuencia de la incorporación al bloque de constitucionalidad, principalmente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8° inc. 2°).

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha continuado con la aplicación de su doctrina tradicional respecto a que la doble instancia no tiene jerarquía constitucional, salvo cuando las leyes específicamente la establecen (cfr. autos "The Coca-Cola Company y otros", 12/9/1995, JA 1997-I, sínt.), lo cierto es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo "Baena" (en el que se enjuició a la República de Panamá por despidos arbitrarios de empleados públicos) –sentencia de fecha 2 de febrero de 2001- resolvió que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8° de la Convención Americana se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, otorgando amplio alcance al concepto de debido proceso.

Toda vez que las convenciones y tratados internacionales deben ser aplicados, conforme reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, en las condiciones de su vigencia, ello importa que deba respetarse la interpretación auténtica del texto convencional efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Reconozco que dicho principio no tiene igual rigor para todos los casos, ya que por razones de celeridad y economía procesales puede determinarse la inapelabilidad de, por ejemplo, resoluciones sobre prueba, toda vez que al apelarse, eventualmente, la sentencia definitiva, puede abordarse el análisis del procedimiento anterior a su dictado, pero en el sub lite se trata de valorar las probanzas aportadas por las partes a fin de determinar la existencia o inexistencia de violencia laboral, y en su caso, la de los daños consecuentes y su reparación, por lo que tratar dichas cuestiones directamente en la segunda instancia compromete seriamente el derecho de defensas de los litigantes, al privarlos de una etapa de revisión ordinaria.

Consecuentemente, en pos de la preservación del derecho de defensa de los litigantes, pilar fundamental del debido proceso adjetivo, y con el objeto de asegurar a las partes una eventual instancia ordinaria de revisión de la decisión de primera instancia, es que, como lo adelanté, corresponde el reenvío de los autos al juzgado de origen a fin que la magistrada interviniente resuelva sobre el fondo de la cuestión planteada en estas actuaciones.

IV.- En mérito a lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo, hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, revocar el decisorio apelado y rechazar la excepción de prescripción opuesta por la codemandada Jasán, disponiendo el renvío de las actuaciones al juzgado de origen a efectos que se de tratamiento a la cuestión de fondo.

Teniendo en cuenta que la prescripción fue abordada como defensa de fondo, las costas y honorarios, tanto de primera como de segunda instancias correspondientes al tratamiento de dicha defensa, quedan incluidas en la condena en costas y regulaciones de honorarios que oportunamente se determinen para la acción principal.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, ésta Sala II

RESUELVE:

I.- Revocar el decisorio obrante a fs. 1.122/1.132 vta., y rechazar la excepción de prescripción opuesta por la codemandada Jasán, disponiendo el renvío de las actuaciones al juzgado de origen a efectos que se de tratamiento a la cuestión de fondo.

II.- Determinar que las costas y honorarios, tanto de primera como de segunda instancias correspondientes al tratamiento de dicha defensa, quedan incluidas en la condena en costas y regulaciones de honorarios que oportunamente se determinen para la acción principal.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"CHEUQUEL MARCELO ANTONIO C/ CONSTRUCCIONES INDUSTRIALES S.A. Y OTROS S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 352182/2007) – Sentencia: 07/16 – Fecha: 11/02/2016

DERECHO CIVIL: Accidente de trabajo.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO O GUARDIAN DE LA COSA RIESGOSA. INDEMNIZACION POR DAÑO. DAÑO MORAL.

1.- Toda vez que tanto YPF S.A. como SKANSKA S.A. se beneficiaron económicamente con la obra desarrollada por Construcciones Industriales S.A., de la que formó parte el encofrado que lesionó al demandante, ha existido una cadena de aprovechamiento económico, de beneficios, respecto de la obra en la que se encontraba el encofrado que lesionó al actor, por lo que frente a la víctima todos los eslabones de la cadena son responsables, pues a todos les cabe la calificación de guardián a que hace referencia el art. 1.113 del Código Civil.

2.- La responsabilidad del dueño no excluye la del guardián, ni la de éste la de otro guardián.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de Febrero del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CHEUQUEL MARCELO ANTONIO C/ CONSTRUCCIONES INDUSTRIALES S.A. Y OTROS S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL", (Expte. Nº 352182/2007), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 2 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 582/589, que hace lugar a la demanda, condenando a las demandadas a abonar al actor la suma de $ 70.758,00 con más sus intereses, con costas a los vencidos.

A) La codemandada Construcciones Industriales S.A. desiste del recurso interpuesto a fs. 608/609.

B) La codemandada YPF S.A. se agravia por lo que entiende una errónea apreciación y aplicación del art. 1.113 del Código Civil, y por los fundamentos del fallo de grado.

Dice que el juzgador de primera instancia ha considerado que no puede esa parte ser eximida de responsabilidad, por encuadrar el caso de autos en el supuesto de "cosas de las que se sirve", ya que la obra fue contratada en su beneficio. Sigue diciendo que de ello se sigue que la condena contra YPF S.A. no se encuentra fundada, despreciándose las pruebas producidas en autos y el relato de los hechos formulado en la contestación de la demanda, toda vez que no existe relación alguna entre YPF S.A., el actor y la empleadora de este último.

Entiende que el juez de grado excede su rol en el proceso y sustituye las falencias probatorias de la parte actora, sosteniendo que YPF S.A. se sirve de la cosa que provocó las lesiones sufridas por el demandante, cuando de las pruebas ofrecidas no surge este extremo.

Cita el precedente "Cañupil c/ CALF" del Tribunal Superior de Justicia provincial y señala que siguiendo las pautas establecidas en él por el máximo tribunal de la Provincia, respecto de las eximentes de responsabilidad objetiva y de la definición de terceros, se llega a la conclusión que YPF S.A. no debe responder por las cosas que están bajo la dependencia o de las que se sirve, o que tiene a su cuidado la empresa Construcciones Industriales S.A., ya que no existe vinculación alguna con esta última.

Manifiesta que reconoce la relación contractual con la empresa SKANSKA, con la que se pactó la realización de reparaciones en el lugar donde se produjo el accidente, pero nunca tuvo relación con la empresa constructora.

Agrega que YPF S.A. es la propietaria del permiso de explotación del yacimiento Loma de la Lata, que no fue la cosa riesgosa que provocó los daños en la salud del actor, sino que el elemento que provocó el accidente era de propiedad de las otras codemandadas.

Afirma que la sentencia recurrida no ha fundamentado de donde surge que YPF S.A. se sirvió o sirve de la cosa dañosa.

Entiende que es inadmisible que se atribuya responsabilidad a su parte por contrataciones efectuadas por otra empresa, como ha ocurrido en el caso bajo análisis, toda vez que como surge del contrato adjuntado oportunamente, fue la empresa SKANSKA quién había sido contratada para realizar las obras.

Efectúa un análisis de las eximentes de responsabilidad en base a las normas del Código Civil y Comercial de la Nación.

Destaca que el factor objetivo de atribución está sólo fundamentado en una adecuada relación de causalidad, por lo que de no existir esta causalidad, mal puede atribuirse responsabilidad al guardián de la cosa.

Denuncia que, en lo que refiere a la condena a su parte, el fallo recurrido carece de citas legales, jurisprudenciales y doctrinarias, carencia que, a criterio del apelante acarrea la nulidad del decisorio, en atención al estado de indefensión en que se coloca a YPF S.A.

Pone de manifiesto que la sentencia de grado ha omitido dar tratamiento a una cuestión esencial, cual es la carga de la prueba, que fue planteada al contestar la demanda.

Finalmente solicita que de modificarse la sentencia recurrida se impongan las costas en un 100% a la parte actora.

C) La codemandada SKANSKA S.A. denuncia el cambio de denominación social por PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A., y se agravia por la violación del principio de congruencia, por la falta de fundamentación del decisorio apelado, por la procedencia de la condena a reparar el daño moral y por la imposición de las costas procesales.

Dice que el a quo debió ceñirse a los términos de la demanda, en la que sólo se menciona ligeramente el artículo en el que funda toda la pretensión y en la que no se especifica con suficiente claridad en calidad de que sería responsable SKANSKA.

Señala que esa parte encomendó a la codemandada Construcciones Industriales S.A. la realización de una obra dentro del yacimiento Loma de la Lata, no resultando ese sitio de propiedad de SKANSKA. Agrega que tampoco resulta esta última empresa ni dueña ni guardiana de las cosas riesgosas que habrían intervenido en la producción del hecho dañoso.

Sigue diciendo que el actor denunció que YPF S.A. era el guardián de la obra ubicada en Loma de la Lata –Batería n° 6-, y propietaria del encofrado, con el que dice haberse golpeado, pero nunca a lo largo de la demanda, el accionante manifiesta interés en condenar a SKANSKA porque se sirvió de la cosa productora del daño, entendiendo que tal deficiencia no puede ser salvada por la a quo.

Destaca que se demanda a SKANSKA en su carácter de subcontratista, por lo que la juez de grado se ha extralimitado al condenar a su parte porque se sirvió de la cosa dañosa.

Luego, cuestiona el decisorio de primera instancia por considerar que carece de fundamentación suficiente.

Pone de manifiesto que según surge de los contratos de autos, el comienzo de las labores de SKANSKA en Loma de la Lata era el día 30 de abril de 2005, en tanto que el actor denuncia que el accidente fue el día 26 de enero de 2005, por

lo que resulta materialmente imposible que su parte haya tenido alguna responsabilidad, toda vez que su presencia en la obra se produjo tres meses después del hecho dañoso, y no fue hasta ese momento que se sirvió de la cosa.

Formula queja por el acogimiento de la reparación del daño moral cuando éste no se encuentra debidamente probado.

Expresa que no existe constancia alguna en el expediente que pueda llevar a concluir que el actor efectivamente padeció un sufrimiento de orden moral.

Cuestiona la imposición de costas a la parte demandada ya que en autos el actor ha resultado victorioso solamente por un 25% de la suma demandada, existiendo rubros que fueron rechazados totalmente, tales como el lucro cesante y el daño físico, y otros parcialmente, como el daño emergente.

Mantiene la reserva del caso federal.

D) La parte actora contesta el traslado del memorial de agravios de YPF S.A. a fs. 618/619 vta. y el de SKANSKA, a fs. 620/vta., requiriendo la confirmación del fallo apelado.

II.- Si bien la nulidad de la sentencia de grado sería el tema que en primer lugar corresponde abordar, dada sus implicancias y consecuencias, teniendo en cuenta el fundamento del pedido de nulidad formulado por la codemandada YPF S.A., que podría ser subsanado a través de la actuación de la Alzada, ha de diferirse esta cuestión para un momento posterior, abordando ahora el nudo de la apelación de las demandadas que refiere a la atribución de responsabilidad por el daño sufrido por el accionante.

En lo que interesa para la resolución de los recursos planteados, no se encuentra controvertido en autos que el actor sufrió un accidente, en oportunidad en que se encontraba trabajando bajo relación de dependencia con la codemandada Construcciones Industriales S.A., cuando cae un encofrado de la obra y lesiona al trabajador, siendo la fecha de este suceso el día 26 de enero de 2005; en tanto que también se encuentra consentido que el daño que presentó el demandante es consecuencia del riesgo o vicio de la cosa.

Tampoco está controvertido, si no reconocido por las demandadas, que Construcciones Industriales S.A. fue contratada por la empresa SKANSKA S.A. (hoy PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A., aunque en lo sucesivo será identificada con su denominación anterior por ser la vigente al momento del accidente y a efectos de evitar confusiones). Si bien el contrato no se encuentra acompañado a autos, la misma empresa SKANSKA reconoce al contestar la demanda (fs. 89 vta.) que le encomendó a la empleadora del actor la realización de una obra dentro del yacimiento Loma de la Lata.

A su vez, SKANSKA S.A. fue contratada por YPF S.A. para la realización de distintos trabajos conforme el contrato marco que se encuentra agregado a fs. 289/328.

En virtud de esta interrelación empresarial, la a quo ha condenado a las tres empresas. A Construcciones Industriales S.A. porque la cosa riesgosa se encontraba bajo su guarda y se servía de ella. Esta atribución de responsabilidad ha devenido firme.

En cuanto a las contratistas SKANSKA S.A. e YPF S.A., el motivo de la condena radica en que "el hecho de haber contratado una constructora para realizar obras en la locación petrolera y a esos fines, como se observa de las tareas a realizarse, no significa de modo alguno que pueda eximirse de responsabilidad ya que se encuentra en la hipótesis de cosas de las que se sirve, ya que la obra fue contratada para su beneficio".

Ahora bien, el art. 1.113 del Código Civil determina la responsabilidad objetiva del dueño o guardián de la cosa por el daño por ella causado. En autos no se discute el riesgo o vicio de la cosa, sino que la controversia planteada ante la Alzada es si las codemandadas SKANSKA S.A e YPF S.A. revisten la condición de guardián de la cosa riesgosa.

Con carácter previo a ingresar en el análisis antedicho resulta conveniente precisar que, frente a la víctima, responden todos. En otras palabras, la responsabilidad del dueño no excluye la del guardián, ni la de éste la de otro guardián. Conforme lo precisan Félix A. Trigo Represas y Marcelo López Mesa, las responsabilidades del dueño y del guardián o guardianes son conjuntas o concurrentes, estando obligados in solidum (cfr. aut. cit., "Tratado de la Responsabilidad Civil", Ed. La Ley, 2004, T. III, pág. 386).

Luego, surge de la lectura de la sentencia de autos, que no por breve debe ser catalogada de infundada, que la atribución de responsabilidad a las demandadas apelantes nace de su condición de guardianas de la cosa, en virtud del aprovechamiento económico que han hecho de ella.

Conocidas son las distintas teorías formuladas para caracterizar al guardián, siendo una de ellas, la que indica que guardián de la cosa es quién aprovecha, usa y obtiene de aquella un beneficio, económico o personal, de placer o salvaguarda de sus intereses.

Así la CNAT (Sala VI, "Barbian c/ Spath", 5/6/2009, DT 2009, pág. 1.060), consideró guardián a quién se aprovecha, usa y obtiene un beneficio económico o personal de la cosa.

Por su parte la Sala X de la CNAT ("García c/ Edesur S.A.", 17/2/2009, LL on line AR/JUR/407/2009) determinó que la empresa distribuidora y comercializadora de energía eléctrica codemandada se sirvió de la actividad de corte y rehabilitación del servicio eléctrico de los usuarios desarrollada por la subcontratista, y por ello se trata de un supuesto de pluralidad de guardianes, debiendo ambos responder.

La Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ("Basiletti c/ Telecentro S.A.", 31/8/2005, RCyS 2005, pág. 873) entendió que corresponde responsabilizar a la empresa de televisión por cable ya que aún cuando los trabajos fueron encomendados a otra empresa, esas tareas eran realizadas en su exclusivo provecho, y respondían a sus fines empresariales y en consecuencia, el beneficio que obtiene con la cosa o actividad riesgosa le impide liberarse de su condición de guardián de la cosa, a tenor de lo dispuesto por el art. 1.113 del Código Civil.

En igual sentido la Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de Tucumán (Sala II, "Laméndola de Mendoza c/ SEI S.R.L.", 24/3/2004, LL on line AR/JUR/2772/2004) estableció que quién subcontrató la realización de una obra en la vía pública debe responder civilmente por los daños ocasionados debido a su deficiente señalización, sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe al subcontratista, pues el contratista tiene el carácter de dueño de la obra, esto es, su beneficiario, quién se servirá de ella.

No quiero cansar con la cita de más jurisprudencia, pero son numerosos y reiterados los fallos que acuden al parámetro del provecho personal o económico para determinar la calidad de guardián.

Tal criterio, que comparto plenamente, tiende a neutralizar una de las consecuencias más perniciosas para los sectores más vulnerables de la población, del fenómeno de la descentralización productiva.

Darío Martín Tosca explica que "Si en los comienzos del industrialismo y durante gran parte de su desarrollo lo habitual era que un empresario cumpliera por sí mismo, con sus medios de producción, la totalidad o casi totalidad del proceso; en los últimos tiempos se ha generalizado un modelo muy distinto de producción que, ya sea por razones económicas, por la complejidad de las modernas tecnologías que exigen especialidad, o por meras políticas de conveniencia empresaria, tiende a tercerizar o descentralizar parte del ciclo de la producción" (cfr. aut. cit., "La descentralización productiva (Anatomía y patología en Argentina)" en "Las transformaciones de la empresa en el Derecho del Trabajo", dirig. por Mario Ackerman y Diego M. Tosca, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007, pág. 453.

Y si bien estas prácticas empresariales no pueden ser tildadas por sí mismas como ilícitas o fraudulentas, sí debe el derecho preservar los intereses de, en esta caso, la víctima de un daño frente a la posibilidad de fragmentación y elusión de la responsabilidad, cuando todos los actores del proceso han obtenido un beneficio económico o personal de la cosa o de la actividad riesgosa.

El parámetro del aprovechamiento de la cosa para caracterizar al guardián se encuentra hoy incorporado al derecho positivo a través del art. 1.758 del Código Civil y Comercial, norma que determina: …"Se considera guardián a quién ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quién obtiene un provecho de ella…".

Considerando que la nueva legislación ha de servir como pauta orientadora de lo querido por el legislador en supuestos de dudas o controversias en la interpretación de una norma anterior, surge claro que la teoría del aprovechamiento económico o personal de la cosa o actividad riesgosas es la correcta al momento de interpretar el art. 1.113 del Código Civil.

III.- YPF S.A., por las razones que tuviere y que aquí no interesan, contrató la realización de determinados trabajos en las unidades de separación primaria y unidades compresoras nros. 3, 6, 10 y 13, en la unidad económica Loma de la Lata –

Unidad de negocios Argentina oeste, los que fueron individualizados a fs. 292/300, con la empresa SKANSKA S.A. Para realizar todo o parte de estos trabajos –tal extremo no surge de estas actuaciones-, la última empresa nombrada contrató, a su vez, a una tercera empresa, empleadora del actor.

Mientras se desempeñaba en la ejecución de esos trabajos, el demandante sufre el accidente de autos.

En base a los conceptos previamente desarrollados, queda claro que tanto YPF S.A. como SKANSKA S.A. se beneficiaron económicamente con la obra desarrollada por Construcciones Industriales S.A., de la que formó parte el encofrado que lesionó al demandante. Consecuentemente ellas han de ser consideradas guardianas de la cosa riesgosa, en los términos del art. 1.113 del Código Civil frente al actor.

No tiene relevancia que YPF S.A. no haya tenido vinculación comercial directa con Construcciones Industriales S.A., ello no resulta determinante para su calificación como guardiana de la cosa riesgosa, ya que aquella falta de relación directa no le impidió aprovechar y beneficiarse con la obra desarrollada por dicha empresa.

Menos aún cabe aceptar la calificación de tercero respecto de Construcciones Industriales S.A., que pretende introducir YPF. De ninguna manera Construcciones Industriales S.A. es un tercero por el cual YPF no deba responder, ya que integró la cadena de descentralización comenzada por la comitente, quién obtuvo un provecho directo por su actuación (realización de parte de la obra encomendada).

El precedente "Cañupil" que cita la apelante no resulta de aplicación en el sub lite. En "Cañupil" (Acuerdo n° 74/2006 del registro de la Secretaría Civil), el Tribunal Superior de Justicia, en anterior composición, entendió que el nexo causal se encontró interrumpido porque el daño fue causado por la conexión clandestina al servicio de energía eléctrica.

En otras palabras, existió el hecho de un tercero (quién realizó la conexión clandestina) que fue, en definitiva, el verdadero causante del daño.

En autos, como lo expliqué, no existe ningún hecho de tercero que se erija en un obstáculo en la relación causal.

Ha existido una cadena de aprovechamiento económico, de beneficios, respecto de la obra en la que se encontraba el encofrado que lesionó al actor, por lo que frente a la víctima todos los eslabones de la cadena son responsables, pues a todos les cabe la calificación de guardián a que hace referencia el art. 1.113 del Código Civil.

Tampoco encuentro viable la defensa que ensaya SKANSKA respecto de la no coincidencia temporal de su presencia en el lugar de la obra con el momento del accidente. En primer lugar porque no fue propuesta al contestar la demanda, sino que, por el contrario, reconoció la relación comercial con la empleadora del actor. Luego, porque existe en autos una credencial del demandante (fs. 560), de la que surge que la empresa Construcciones Industriales era contratista de SKANSKA S.A.

Finalmente no resulta claro del contrato marco (fs. 290) respecto a que se refiere la fecha de Puesta en Marcha, que se fija para el día 30 de abril de 2005. En realidad si se hace una interpretación contextual de esa fecha puedo entender que ella se refiere al momento en que debían ser entregados los trabajos comprometidos por SKANSKA S.A., toda vez que la cláusula pertinente establece que se considera plazo de ejecución y de entrega, el comprendido entre la fecha establecida en el acta de iniciación (documento que no ha sido acompañado a autos) y el 30 de abril de 2005, momento de la puesta en marcha (entiendo que de los trabajos ya realizados).

De lo dicho se sigue que he de propiciar la confirmación de la condena impuesta a las demandadas apelantes.

IV.- En lo que concierne a los aspectos formales y a la violación del principio de congruencia, el fallo recurrido resulta congruente con lo peticionado por el actor en su escrito inicial: reparación integral del daño causado por el riesgo o vicio de la cosa. El demandante invocó como fundamento de su acción, expresamente, el art. 1.113 del Código Civil, por lo que no se advierte que la jueza de grado se haya excedido en su decisión.

Reconozco que la demanda no ha sido todo lo clara que se espera de un acto procesal de tal trascendencia, aunque esta oscuridad recae, en mi criterio, en aspectos, acogidos por la sentencia de grado, que luego no fueron controvertidos en la instancia de apelación.

Sin perjuicio de ello la demandad SKANSKA, al igual que YPF S.A. pudieron contestar la demanda, sin plantear una excepción de defecto legal, encontrándose, entonces, resguardado su derecho de defensa. Y, a mayor

abundamiento, la oscuridad e imprecisión de la demanda no es una cuestión que corresponda ser planteada ante la Alzada, sino que, en todo caso, debió ser ventilada en la instancia de origen.

En lo concerniente a la fundamentación del decisorio de grado, reitero lo que adelanté, no por breve una sentencia es infundada.

Luego, la ausencia de citas jurisprudenciales y doctrinarias, ya que normativas si existen, no importa que un fallo no se encuentre debidamente fundado. Claro que es aconsejable que todo juez explique del mejor modo posible los motivos que lo llevaron a tomar su decisión, por respeto al justiciable que debe conocer acabadamente por qué se lo condena a abonar una suma de dinero, incluida la explicitación de la doctrina y los antecedentes judiciales que avalan su postura, pero no porque esta última explicitación falte corresponde la nulificación de la sentencia.

Más aún cuando, como sucede en autos, el silencio del fallo de primera instancia no impidió el desarrollo de los agravios en el marco de los recursos de apelación; y el criterio adoptado por la a quo, el que fue concretamente señalado (aprovechamiento de la cosa, servirse de la cosa) es confirmado en la presente sentencia, con cita de doctrina y jurisprudencia.

V.- Corresponde ahora analizar la queja de la codemandada SKANSKA referida al acogimiento de la reparación por daño moral.

El fallo apelado ha determinado una indemnización por daño moral de $ 20.000, tendiente a reparar los padecimientos de orden espiritual del actor, los que son presumidos por la sentenciante en virtud de las lesiones sufridas por aquél.

Ya no se discute, ni en doctrina ni en jurisprudencia, que no puede pedirse una prueba directa y acabada del daño moral. Cada persona, en su fuero íntimo, sabrá cuan hondo es su sufrimiento espiritual ante el acaecimiento de hechos que le provocan daños en su salud física.

La exigencia que tiene la víctima que pretende la reparación del daño moral es aportar elementos que convenzan al magistrado de la existencia del padecimiento espiritual, de la alteración disvaliosa del espíritu, de los sinsabores, amarguras o desazones provocadas por la situación en la que injustamente fue colocada. De estos elementos inferirá el magistrado o magistrada la existencia del daño y valuará su reparación (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge – Piedecasas, Miguel A., "Código Civil Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, T. "Responsabilidad Civil", pág. 113).

Reiteradamente la jurisprudencia ha sostenido que la existencia y entidad del daño moral se manifiesta in re ipsa, es decir, por la propia calidad de la conducta y la condición del afectado, que permite inferir la trascendencia del agravio espiritual padecido.

En estos términos, el daño moral sufrido por el actor de autos se encuentra probado.

En efecto, surge de la prueba documental y del informe pericial médico de autos que el actor, como consecuencia de la lesión sufrida en la rodilla, fue trasladado a un centro médico de la ciudad de Buenos Aires, donde fue intervenido quirúrgicamente con plástica de ligamento cruzado posterior de su rodilla derecha; que en el post operatorio presentó artritis séptica, que obligó a drenado y realización de toilette mecánico quirúrgica; que como consecuencia de la dolencia sufrida y no obstante los tratamientos brindados, presenta dificultades en la marcha, imposibilidad de realizar cualquier tipo de actividad deportiva, siendo evidente, a través de las fotografías incorporadas al informe pericial, la diferencia de tamaño entre la rodilla derecha y la izquierda.

Estos elementos probatorios resultan suficientes para tener por acreditado la existencia del daño moral, ya que una persona que debe someterse a los tratamientos descriptos y sufre, luego, una disminución de sus aptitudes físicas de carácter permanente, va de suyo que ha tenido una afectación disvaliosa de su espíritu que excede la mera molestia o disgusto.

Considerando estos elementos también encuentro adecuado el monto dinerario establecido para reparar el sufrimiento espiritual.

V.- Resta por analizar la crítica referida a la imposición de las costas procesales.

En materia de daños y perjuicios la calidad de vencido resulta del progreso en lo sustancial de la pretensión de la parte actora, más allá de la cuantía por la que en definitiva se condene a los obligados a reparar.

En autos, la parte actora pretendió la reparación del daño emergente, del daño moral y del daño físico, siendo rechazada esta última pretensión, por lo que las costas impuestas en su totalidad a la parte demandada no se adecuan al resultado del proceso. Consecuentemente, ha de modificarse la resolución de grado, distribuyendo las costas en un 80% a cargo de la parte demandada y en un 20% a cargo de la parte actora, conforme lo dispuesto por el art. 71 del CPCyC.

VI.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la codemandada SKANSKA S.A. (hoy PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A.), y rechazar el planteado por la codemandada YPF S.A.

Consecuentemente se ha de modificar parcialmente el resolutorio apelado, imponiendo las costas del proceso en un 80% a la parte demandada y en un 20% a la parte actora, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen en un 90% a las demandadas apelantes y en un 10% a la parte actora, en atención al éxito obtenido (art. 71, CPCyC). Regulo los honorarios de los profesionales actuantes Dres. ..., ..., ..., ..., ... y ... (h) en el 30% de la suma que por igual concepto se determine por su actuación en la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II.

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 582/589, en relación a las costas, las que se imponen en un 80% a la parte demandada y en un 20% a la parte actora, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia en un 90% a las demandadas apelantes y en un 10% a la parte actora, en atención al éxito obtenido (art. 71 CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los profesionales actuantes, Dres. ..., ..., ..., ..., ... y ... (h), en el 30% de la suma que por igual concepto se determine por su actuación en la presente instancia (art. 15 Ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"CARCAMO ALEJANDRO C/ T.M.P. NEUQUEN S.R.L. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 252193/2000) – Sentencia: 10/16 – Fecha: 18/02/2016

DAÑOS Y PERJUICIOS: Accidente de trabajo.

RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO. EXTENSION. INDEMNIZACION POR DAÑOS. INCAPACIDAD SOBREVINIENTE. DAÑO MORAL.

No resulta responsable la ART en los términos del derecho común si no se advierte que existan incumplimientos de sus deberes legales. La ART visitaba la sede de la empresa, y dictaba cursos de capacitación; en tanto que la empresa asegurada proveía a su

personal de los elementos de seguridad necesarios, obligando a su utilización. La conducta de la ART se ajustó, entonces, a lo previsto por la Ley 24.557. Reitero que la aseguradora de riesgos del trabajo no se compromete a evitar la ocurrencia de accidentes, sino a desarrollar una conducta diligente para su prevención, como así también para minimizar o neutralizar los riesgos.

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de Febrero del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CARCAMO ALEJANDRO C/ T.M.P. NEUQUEN S.R.L. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. N° 252193/2000), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 3 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Ambas partes interponen recursos de apelación contra la sentencia de fs. 839/853 vta., que hace lugar a la demanda, condenando a la demandada al pago de la suma de $ 109.512, con más sus intereses, y rechaza la citación en garantía respecto de Liberty ART S.A., en ambos supuestos con costas a la demandada.

A) La actora se agravia, en primer lugar, porque la sentencia de grado entiende que la ART ha cumplido con sus obligaciones legales.

Sostiene que el actor no ha percibido la suma que le correspondía en concepto de indemnización, ya que el dinero fueron integrado a un fondo que en la actualidad no existe, siendo consecuencia de ello la imposibilidad de gozar de la indemnización, y de aplicarla según los intereses y criterios de la economía familiar.

Agrega que la indemnización tarifada, a la luz de las gravísimas secuelas sufridas por el actor, resulta insuficiente.

Luego, se agravia por el rechazo de la condena solidaria a la ART y de la citación en garantía.

Dice que se encuentran acreditados los incumplimientos de la ART respecto de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, ausencia de cursos de capacitación y, lo más grave, la falta de denuncia ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, quién ejerce el poder de policía en materia de higiene y seguridad en el trabajo.

Sigue diciendo que estos incumplimientos son suficientes para achacar responsabilidad a la ART por el hecho dañoso ya que pudo ella directamente reducir el riesgo, dictando los cursos de capacitación, y recuerda que la función de la ART no se reduce al mero asesoramiento y control de cumplimiento.

Sostiene que la ausencia de denuncia ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo no es un incumplimiento menor, toda vez que la denuncia oportuna pudo derivar en la clausura preventiva de la empresa o en el ejercicio de la compulsión estatal para la adopción de las medidas de seguridad que la ART aconsejó.

Señala que la ART optó por una actitud pasiva ante los incumplimientos verificados, entendiendo que el juez de grado soslayó que el Decreto n° 170/1996 exige a las ART realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo, debiendo en particular, verificar el mantenimiento de los niveles de cumplimiento alcanzados con el Plan de Mejoramiento que hubiera habido, y brindar capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos.

Agrega que las aseguradoras deben fiscalizar a los empleadores afiliados, formularles programas especiales con explicitación de los riesgos propios de cada establecimiento, y darles recomendaciones para superarlos y reducir las posibilidades de infortunios.

Afirma que es otro deber de las ART el de investigar las causas de los accidentes graves, citando el Decreto n° 170/1996 y las Resoluciones nros. 700/2000 y 552/2001 de la SRT.

Considera que la sentencia de grado no aplica el art. 4° de la Ley 24.557.

Cita jurisprudencia.

En tercer lugar se agravia por el monto de la indemnización por daño físico, por entenderla exigua y erróneamente calculada.

A ello se suma, conforme los agravios de la parte actora, que el a quo deduce de esta indemnización los salarios caídos, cuando el salario del actor no puede formar parte de la indemnización, siendo costos a cubrir exclusivamente por la ART.

También se queja del monto de la indemnización por daño moral, por considerarlo bajo.

Se queja por le exclusión del daño estético, señalando que el actor perdió un ojo, circunstancia que produce un daño estético autónomo.

B) La parte demandada presenta su expresión de agravios fuera de término, por lo que su recurso se declaró desierto (fs. 890).

C) La Art contesta el traslado de la expresión de agravios de la actora a fs. 903/908.

Denuncia que el memorial no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados y hace reserva del caso federal.

D) A fs. 909/910, la demandada contesta el traslado del memorial de agravios de su contraria, peticionando su rechazo.

II.- La sentencia de grado se encuentra firme respecto de la relación causal entre el riesgo de la cosa y el daño sufrido por el actor, en los términos del art. 1.113 del Código Civil, como así también en cuanto a que el demandante, como consecuencia del accidente sufrido presenta una incapacidad tabulada en el 83,02%.

La controversia planteada ante la Alzada refiere a la responsabilidad de la ART y el monto de la reparación determinada por el a quo.

Luego, el memorial de agravios de la recurrente reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC toda vez que se puede conocer a través de su lectura, cuales son los puntos del fallo de grado con los que no acuerda la apelante y por qué, constituyendo, entonces, una crítica razonada y concreta de la decisión que se cuestiona.

III.- He de comenzar el análisis de los agravios de la actora por la cuestión referida a la responsabilidad de la ART.

Esta Sala II tiene dicho que las aseguradoras de riesgos del trabajo, en principio, responden dentro del marco de la Ley 24.557. Pero que, a partir del precedente "Torrillo c/ Gulf Oil Argentina" (sentencia de fecha 5/3/2008) de la Corte Suprema de Justicia Nacional, no puede dudarse de la posibilidad de demandar y condenar a la aseguradora de riesgos del trabajo por la vía del derecho civil. En el Considerando 8° del voto de la mayoría el tribunal sienta el criterio de que las ART pueden ser condenadas civilmente siempre que se demuestre que existió un nexo de causalidad adecuado (excluyente o no) entre los daños y la omisión o cumplimiento deficiente por parte de la ART a sus deberes legales (cfr. autos "Filipponi c/ YPF S.A.", expte. n° 312.896/2004, P.S. 2011-V, n° 190; "Pineda c/ M.A.M. S.A.", expte. n° 376.403/2008, P.S. 2011-V, n° 191) .

En el fallo dictado en la causa "Derio c/ Provincia de Mendoza" (sentencia del 17/11/2009, LL diario del 10/12/2009), la Corte Suprema de Justicia de esa provincia determinó que la ART es sujeto deudor del deber de seguridad y así lo dice expresamente el art. 4° de la LRT, estando obligada, juntamente con el empleador, a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo y realizar las denuncias correspondientes a la SRT; siendo su obligación de medios.

Es así que se ha condenado, en los términos del derecho civil, a la aseguradora de riesgos del trabajo por no observar una conducta apropiada para lograr el fin propuesto por la Ley 24.557, omitiendo realizar acciones que hubiesen permitido excluir o atenuar el riesgo y detener el curso de los acontecimientos que desembocaron en la dolencia del trabajador (CNAT, Sala VI, 17/3/2015, "Silveti c/ Industria Papelera Sudamericana S.A.", RCCyC 2015, pág. 287). También se ha encontrado responsable a la ART, en virtud de lo dispuesto por el art. 1.074 del Código Civil, ante la falta de cumplimiento de su obligación de hacer observar las medidas de seguridad que, según el tipo de tareas, la experiencia y la técnica sean necesarias para salvaguardar la integridad psicofísica de las personas que participan en las tareas a desarrollar en el ámbito laboral (CNAT, Sala I, 27/3/2015, DT 2015, pág. 1.700).

Por su parte la Cámara Laboral de Apelaciones de Santa Fe (Sala II, "Varino c/ Elmeco Ingeniería SAIC", 20/4/2015, LL on line AR/JUR/11633/2015), sostuvo que la mera circunstancia de que la ART no pueda obligar al empleador asegurado a cumplir determinadas normas de seguridad, ni impedirle que ejecute sus trabajos por no alcanzar ciertas condiciones de resguardo, no conduce a eximirla en forma general y permanente del régimen de responsabilidad previsto en el Código Civil, siendo la obligación de denunciar irregularidades del empleador, una de sus funciones preventivas.

En similares términos, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires señaló que las ART no son meras espectadoras del hacer del empleador con el fin de prevenir los riesgos del trabajo, toda vez que, en el diseño de la Ley 24.557 se les ha otorgado un rol esencial para lograr los objetivos preventivos allí previstos; por lo tanto, cuando éstas incumplen o cumplen deficientemente –por acción u omisión- con los deberes de seguridad, prevención y control que la LRT pone a su cargo, y siempre que esos incumplimientos se vinculen causalmente con los daños sufridos por los trabajadores, no hay obstáculo alguno para responsabilizarlas en los términos del derecho común (autos "E., G.A. c/ Municipalidad de Florencio Varela", 29/4/2015, DJ 30/9/2015, pág. 41).

De lo dicho se sigue que corresponde analizar si en el sub lite ha mediado incumplimiento a sus deberes por parte de la ART y, en su caso, si éste tiene relación causal con el daño sufrido por el accionante.

No se encuentra controvertido en esta instancia que el daño sufrido por el actor es consecuencia del segundo accidente de trabajo, acaecido el día 3 de mayo de 1999, producido como consecuencia de la explosión de un motocompresor; explosión que tuvo como causa, en parte, el riesgo con potencialidad para dañar que dicha cosa importa, y también la conducta culposa de un operario de la empleadora.

Del informe de la Dirección Bomberos como de la prueba pericial técnica obrantes en el expediente n° 267.3432/2001, agregado por cuerda, y que fuera incorporado como prueba instrumental a estas actuaciones, no surgen claramente las causas de la explosión, barajándose distintas hipótesis, con mayor o menor grado de probabilidad. Si se ha catalogado el siniestro como accidental y creo entender, al igual que lo ha hecho el a quo, que la real causa de la explosión ha sido un error humano.

Frente a estas circunstancias no encuentro que los incumplimientos que hubiera podido tener la Aseguradora, los que, además, no se encuentran probados, tengan una relación de causalidad adecuada con el accidente.

En primer lugar, surge de estas actuaciones que tanto el operario Moreno –que manipulaba el motocompresor en el momento de la explosión junto con el demandante-, como el actor son mecánicos. De ello se sigue que, por su oficio, debían conocer los riesgos que importa la utilización del motocompresor y cómo evitarlos, como así también las medidas de seguridad necesarias para realizar su tarea.

Por ende el dictado o no de los cursos de capacitación que reclama la actora no tiene gravitación en el acaecimiento del siniestro. Reitero, los operarios involucrados son mecánicos, tienen un oficio que los habilita para el desempeño de las tareas que estaban realizando en el momento del accidente.

Sin perjuicio de ello, surge de la prueba testimonial que la ART realizaba visitas y capacitación en la empresa donde se desempeñó el demandante. El testigo Bethouart (acta de fs. 556/557) manifiesta: "…he visto gente de la ART recorriendo el taller, creo que se le llama auditoría… yo fui a un curso de capacitación…".

Por su parte, el testigo Moreno –persona que manipulaba el motocompresor en el momento de la explosión- relata que: "estábamos en el banco de prueba haciendo pruebas., y había personas responsables de este trabajo. Las pruebas eran de pérdidas y presiones, son equipos de alta presión, teníamos una presión de 40 kg. llamada mediana presión, ya que la presión de gasoducto son de 60 kg. El Sr. Cárcamo se encontraba en el sector de compresores controlando pérdidas y lubricación, yo enfrente de la máquina controlando el manómetro de presión que se encontraba en 40 kg., fue cuando estalló el compresor". El mismo testigo señala que la empresa les brindaba elementos de protección, tales como ropa, casco, anteojos, guantes y botines de seguridad, agregando que "al momento del accidente los teníamos puestos… Al momento del accidente el Sr. Cárcamo no recuerdo si tenía los anteojos, pero si puedo decir que teníamos los elementos. Era obligación usar los elementos de seguridad y siempre nos llamaban la atención si no se usaban, era una obligación usarlos" (acta de fs. 438/439 vta.).

El testigo Walter Blu también afirma que la empresa les proveía elementos de seguridad (acta de fs. 553/555).

El ya citado testigo Bethouart señala que "los elementos de seguridad están en el pañol, las empresas los compran y la persona los usa. Si se rompen vas y los cambiás… En el pañol, cada uno tiene su ficha donde figuran todos los elementos de seguridad que cada uno utiliza". Preguntado sobre si entre los elementos de seguridad se encuentra la máscara protectora del rostro contesta:

"La máscara se usa en todas las empresas, tienen que tenerla. La máscara avispa es para respirar, la máscara facial, también cubre todo el rostro, es para proteger de cualquier cosa que te salte a la cara. Lentes protectores para cubrir los ojos". Finalmente, a la pregunta referida a si en la empresa demandada estaban esas máscaras, contestó que si.

Como lo adelanté, no se advierte que existan incumplimientos por parte de la aseguradora a sus deberes legales. La ART visitaba la sede de la empresa, y dictaba cursos de capacitación; en tanto que la empresa asegurada proveía a su personal de los elementos de seguridad necesarios, obligando a su utilización. La conducta de la ART se ajustó, entonces, a lo previsto por la Ley 24.557.

Reitero que la aseguradora de riesgos del trabajo no se compromete a evitar la ocurrencia de accidentes, sino a desarrollar una conducta diligente para su prevención, como así también para minimizar o neutralizar los riesgos.

Si a ello se agrega que, como ya lo señalé, se desconoce la causa de la explosión del aparato que se estaba probando, siendo muy probable –de acuerdo con los informes técnicos- que obedeciera a un error humano, no encuentro elementos que permitan condenar a la aseguradora de riesgos del trabajo de autos en los términos del derecho común.

La sentencia de grado ha de ser confirmada, entonces, en cuanto rechaza la demanda respecto de Liberty ART S.A.

IV.- He de analizar, ahora, la cuantía de las indemnizaciones determinadas por el a quo.

La sentencia de grado fija una indemnización por el daño físico de $ 210.287,00, monto del que sustrae lo abonado por la ART: $ 130.775,48, lo que arroja un saldo a favor del actor de $ 79.512,00, con más la suma de $ 30.000,00 en concepto de daño moral.

La actora se queja por el importe asignado a ambas indemnizaciones por entenderlo exiguo, a la vez que cuestiona el monto que se resta de la indemnización por el daño físico.

De acuerdo con el informe pericial de fs. 747/748, y las explicaciones brindadas a fs. 755/vta., el actor presenta una incapacidad del 83,02%, siendo las consecuencias dañosas del accidente: enucleación de ojo derecho, fractura de cráneo y techo de órbita, cicatriz del dorso nasal, cicatriz malar izquierda, lesión de nervio cubital, a lo que se agrega la incapacidad psíquica.

Esta Sala II utiliza habitualmente la fórmula de matemática financiera, a fin de contar con un parámetro objetivo para graduar la indemnización por incapacidad física, sin perjuicio de los ajustes que, en más o en menos, deban realizarse de acuerdo con las concretas circunstancias de cada caso.

En autos, como ya dije, la incapacidad a considerar es la tomada por el a quo ya que sobre ello no existe agravio alguno: 83,02%; en tanto que la edad de la víctima al momento del accidente era de 36 años, percibiendo una remuneración, a esa época, de $ 1.180,71 (recibo de haberes de fs. 36).

Aplicando la fórmula referida llegamos a un monto de $ 173.186,00, que ajustado, de acuerdo con las circunstancias de autos, torna razonable la suma asignada por el a quo para esta indemnización de $ 210.287,00.

Pero no coincido con el sentenciante de grado respecto al importe que debe deducirse como consecuencia de lo abonado oportunamente por la ART.

En efecto, de los rubros enunciados por el perito contador a fs. 692, solamente debe deducirse la suma de $ 110.000,00, ya que las restantes erogaciones se corresponden con las prestaciones en dinero y en especie que debe otorgar la ART al trabajador, de acuerdo con la Ley 24.557, y que no pueden ser consideradas como "indemnización" o compensación por el daño sufrido.

Prueba de ello es que dicha suma ($ 110.000,00) fue la que transfirió la ART a la compañía de fondos de retiro (fs. 437).

La transferencia de dicha suma por haber suscripto en su momento, el actor, una renta vitalicia previsional con Orígenes Seguros de Retiro S.A. no fue cuestionado por aquél y, en todo caso, no es esta la vía para hacerlo, ni

tampoco para controvertir los cumplimientos o incumplimientos de la compañía que administra la renta vitalicia, y el monto de ésta.

Lo importante para esta causa es que la ART abonó en concepto de prestación dineraria por incapacidad permanente la suma de $ 110.000,00 y ella debe ser deducida del importe de la indemnización fijada en autos.

Consecuentemente, la indemnización por daño físico progresa por la suma de $ 100.287,00.

En cuanto a la indemnización por daño moral, considero que la suma fijada en tal concepto por el juez de primera instancia no repara adecuadamente los padecimientos espirituales del actor.

Para así concluir tengo en cuenta las características del siniestro y sus consecuencias, y el importante daño estético que presenta el rostro del demandante (ver foto de fs. 20, aunque se encuentra erróneamente foliada), que con seguridad demuestran la existencia de importantes inconvenientes para reinsertarse en su vida familiar y social.

Llegado a este punto, cabe señalar que esta Sala II reiteradamente viene sosteniendo que, más allá del reconocimiento de los llamados nuevos daños (en este caso daño estético), en nuestro derecho positivo estos daños deben ser encuadrados en las únicas dos categorías reconocidas por el derecho civil (patrimonial o extrapatrimonial). O el daño produce una disminución patrimonial para el sujeto y, en este caso, es daño material, o incide en su esfera espiritual, y se repara como daño moral (cfr. autos "Machuca c/ Prosegur S.A.", expte. n° 379.821/2008, P.S. 2011-VII, n° 261, entre otros).

Por ende, el daño estético del actor, que efectivamente lo sufre y que no podrá ser reparado, de acuerdo con lo informado por el especialista en cirugía estética, debe ser tenido en cuenta para fijar la cuantía del daño moral.

Ponderando los elementos señalados, considero que la reparación por el daño moral debe se determinada en $ 80.000,00.

Consecuentemente, se ha de elevar el capital de condena, el que se fija en la suma de $180.287,00.

V.- Por lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de la parte actora y modificar, también parcialmente, el resolutorio apelado, elevando el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 180.287,00, y confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el resultado de la apelación, son a cargo de la parte actora con relación a la intervención de la ART, y a cargo de la parte demandada, en lo referente a su intervención y la de la demandante recurrente (art. 68, CPCyC).

Los honorarios profesionales de los Dres. ... y ..., por la actora; ..., por la ART; y ... por la demandada, se regulan en el 30% de la suma que se fije para cada uno de ellos, por igual concepto y por su actuación en la primera instancia (art. 15, Ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II.

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 839/853 vta., en relación al capital de condena, el que se fija en la suma de PESOS CIENTO OCHENTA MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE ($180.287), y confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el resultado de la apelación, a cargo de la parte actora con relación a la intervención de la ART, y a cargo de la parte demandada, en lo referente a su intervención y la de la demandante recurrente (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los Dres. ... y ..., por la actora; ..., por la ART; y ... por la demandada, se regulan en el 30% de la suma que se fije para cada uno de ellos, por igual concepto y por su actuación en la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"MOYANO LILIA MARGARITA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ ACCION DE AMPARO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 504420/2014) – Sentencia: 11/16 – Fecha: 18/02/2016

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

ACCIÓN DE AMPARO. PROCEDENCIA. MEDIDA CAUTELAR. ARBITRARIEDAD MANIFIESTA. HABER JUBILATORIO. IMPUESTO. IMPUESTO A LAS GANANCIAS. AGENTE DE RETENCIÓN. INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. DEFENSA EN JUICIO.

> "Adviértase que toda medida que afecte el salario del trabajador y con mayor razón si se trata de una persona que vive de su jubilación, debe ser apreciada restrictivamente, habiendo indicado esta Sala, en reiteradas oportunidades, que la administración pública (sea que se trate del Poder Ejecutivo e incluso del Poder Judicial) no puede por sí efectuar descuentos salariales ni siquiera en el caso de que se trate de la restitución de fondos percibidos indebidamente, salvo conformidad del afectado, debe concluirse que si durante un lapso prolongado el jubilado percibió sus haberes sin descuento alguno, no obstante la vigencia de la normativa impositiva, no puede quien actúa como agente de retención y sin haber mediado modificación legal alguna o un requerimiento de ente recaudador nacional, disponer el descuento de un día para el otro sin que medie comunicación alguna a los afectados y en tal sentido coincido con el sentenciante en que la medida resulta arbitraria y por ende, procedente el amparo". ("Cordero c/ ISSN" (expte. n° 446.801/2011, P.S. 2011-V, n° 193).

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de Febrero del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MOYANO LILIA MARGARITA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. EXP Nº 504420/2014), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 1 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Ambas partes interponen recursos de apelación contra la sentencia de fs. 144/150 vta., que rechaza la acción de amparo, imponiendo las costas en el orden causado.

a) La amparista se agravia, en primer lugar, porque el a quo ha omitido analizar la cuestión esencial del temperamento liquidatorio.

Dice que el juez de grado expone en su resolutorio que los tribunales locales han admitido acciones de amparo con fundamento en la arbitrariedad incurrida por el I.S.S.N., en cuanto ha modificado el proceder de liquidación, incorporando la retención del impuesto a las ganancias como un hecho novedoso, en forma sorpresiva, sin acto administrativo previo, sin notificación alguna a la beneficiaria.

Sigue diciendo que esa es la situación de la amparista, omitiendo el juez de grado toda mención y consideración al tema.

Señala que la omisión de tratamiento de una cuestión esencial afecta la congruencia debida del pronunciamiento, ya que en la demanda, y en por lo menos tres pasajes, se puso en evidencia la arbitrariedad del obrar de la demandada.

Entiende que de haberse considerado esta situación, y de acuerdo con la postura de la Alzada, el destino de la acción de amparo era su admisión.

Sostiene que a esta instancia llegan como hechos no controvertidos que la actora accedió al beneficio de la jubilación en junio de 2010 y que las retenciones en concepto de impuesto a las ganancias fueron aplicadas por la demandada a partir de enero de 2011, como expresamente se admitió al contestar la demanda.

Agrega que la prueba pericial contable ha ratificado que no existe resolución ni acto administrativo alguno de la demandada que justifique la aplicación de la retención en concepto de impuesto a las ganancias.

Destaca que la amparista es jubilada del Poder Judicial de la Provincia, cuyo empleador no practicó retención alguna sobre los haberes mensuales en concepto de impuesto a las ganancias, mientras estuvo vigente la relación de empleo público.

Cita el precedente "Cordero c/ ISSN" de esta Sala II y otros fallos de la Cámara de Apelaciones.

Hace reserva del caso federal.

b) La demandada se agravia por la distribución de las costas procesales.

Señala que lo decidido por el a quo al respecto carece de fundamentación.

Enumera fallos en los cuales su parte ha sido condenada en costas, concluyendo que cuando el órgano previsional resulta perdidoso siempre carga con las costas del proceso, en claro beneficio de los empleados y funcionarios judiciales que promueven acciones como la de autos.

Señala lo que considera un error del juez de grado al omitir regular honorarios a los profesionales de la demandada, toda vez que la prohibición establecida por el art. 2 de la Ley 2.456 es en relación a su mandante.

Cita el precedente "Trebino c/ Provincia del Neuquén" de esta Sala II.

Apela los honorarios regulados al perito contador por altos.

c) La parte actora presentó la contestación del memorial de agravios de la demandada en forma extemporánea (fs. 171); en tanto que la accionada no contestó el traslado del recurso de su contraria.

II.- Si bien de la demanda no surge en forma clara, como pretende la amparista, que la arbitrariedad de la conducta del organismo previsional provincial sea consecuencia de una modificación en el criterio de liquidación del haber de jubilación –antes bien los fundamentos de la denunciada arbitrariedad son otros-, de la prueba documental aportada por la demandada surge que la situación de la señora Moyano resulta similar a la verificada en el precedente "Cordero c/ ISSN" (expte. n° 446.801/2011, P.S. 2011-V, n° 193), por lo que asiste razón a la apelante respecto a que el magistrado de grado no advirtió esta similitud.

Del expediente administrativo que en copia ha acompañado la demandada, y que tengo a la vista, advierto que en fecha 28 de junio de 2010 se acordó el beneficio de jubilación ordinaria a la amparista (fs. 52 del expediente administrativo), comenzando el pago de los haberes previsionales sin practicar retención alguna en concepto de impuesto a las ganancias, deducción que se realiza por primera vez con los haberes del mes de enero de 2011, tal como lo reconoce la misma accionada al contestar la demanda.

El informe pericial contable de autos da cuenta que no existe norma administrativa alguna que ordene el comienzo de la retención del impuesto a las ganancias del haber de la actora (fs. 121/126).

Por ende, y como ya lo adelanté, la situación de la actora es similar a la considerada en el precedente "Cordero". En esa oportunidad, con primer voto de mi colega de Sala, se dijo: "…comparto que la decisión tomada por el instituto en

el caso concreto de los amparistas resultó arbitraria por haberse dispuesto sin darle a los afectados posibilidad alguna de defensa y por cuanto con anterioridad y por largo tiempo y pese a la vigencia de la legislación invocada por la demandada, nunca procedió a retener suma alguna.

"…Si pese a la obligación que como agente de retención tenía el Instituto, conforme así lo sostiene, no procedió a retener suma alguna del haber jubilatorio, no pareciera que pueda de un día para el otro y sin previa comunicación al afectado, disponer que va a proceder a la retención del impuesto a las ganancias y máxime que pese a lo señalado por el sentenciante, sigue sin explicar la razón por la cual no procedió antes a la retención a que, según, sus dichos, lo obliga el ente recaudador nacional.

"Adviértase que toda medida que afecte el salario del trabajador y con mayor razón si se trata de una persona que vive de su jubilación, debe ser apreciada restrictivamente, habiendo indicado esta Sala, en reiteradas oportunidades, que la administración pública (sea que se trate del Poder Ejecutivo e incluso del Poder Judicial) no puede por sí efectuar descuentos salariales ni siquiera en el caso de que se trate de la restitución de fondos percibidos indebidamente, salvo conformidad del afectado, debe concluirse que si durante un lapso prolongado el jubilado percibió sus haberes sin descuento alguno, no obstante la vigencia de la normativa impositiva, no puede quien actúa como agente de retención y sin haber mediado modificación legal alguna o un requerimiento de ente recaudador nacional, disponer el descuento de un día para el otro sin que medie comunicación alguna a los afectados y en tal sentido coincido con el sentenciante en que la medida resulta arbitraria y por ende, procedente el amparo".

A esta conducta de la demandada agrego que tampoco tiene explicación la interpretación que realiza de la Acordada n° 20/1996 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y de su par n° 3.3035/1996 del Tribunal Superior de Justicia provincial, dado que estas normas administrativas que la accionada dice respetar no efectúan la diferenciación que informa el Subdirector de Pago y Control de la Dirección de Jubilaciones y Pensiones de la entidad previsional a fs. 59.

Por lo dicho es que habrá de hacerse lugar a la apelación de la amparista, revocándose la sentencia recurrida.

III.- El resultado del recurso de apelación de la parte actora, que influye respecto de la imposición de las costas del proceso, torna abstracto el tratamiento de la queja de la demandada referida al tema.

Sin perjuicio de ello entiendo conveniente aclarar, en atención a la acusación que con total ligereza realizan los letrados de la demandada respecto de la existencia de supuestos favoritismos para litigantes que pertenecen o han pertenecido a este Poder Judicial, que en aquellas causas donde se ventiló un reclamo similar al de autos, y donde el amparista resultó perdidoso, el Dr. Gigena Basombrio sostuvo que las costas son a cargo del vencido; en tanto que la suscripta propició su distribución en el orden causado en atención a la especial protección que la legislación provincial brinda a los haberes previsionales y por tratarse de una materia del derecho de la seguridad social.

En todo caso, siempre tuvo la demandada a su alcance el instituto de la recusación con causa si entendía que el juez de grado, o este tribunal, o alguno de sus integrantes veían comprometida su imparcialidad.

IV.- En cuanto a la apelación arancelaria, teniendo en cuenta la labor del experto, que ha tenido que brindar explicaciones a pedido de la parte demandada, los mínimos legales establecidos para los honorarios de los abogados en los procesos de amparo, y la adecuada proporción que deben guardar los emolumentos de los peritos con los de los letrados de los litigantes, se entiende que la suma fijada por el magistrado de primera instancia para retribuir la tarea del perito resulta elevada, proponiendo reducirla a la suma de $ 5.000,00.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, declarar abstracta la apelación de la demandada, excepto la arancelaria, a la que se hace lugar; y en consecuencia revocar el fallo de grado y hacer lugar a la acción de amparo, ordenando a la demandada el cese inmediato de la retención que efectúa sobre los haberes previsionales de la amparista en concepto de impuesto a las ganancias, con costas a la accionada vencida (art. 68, CPCyC).

Los honorarios profesionales por la actuación en primera instancia se regulan en la suma de $ 17.236,00 para el Dr. ..., letrado apoderado de la actora; $ 6.156,00 para cada uno de los letrados patrocinantes de la demandada Dres. ... y

...; y $ 4.925,00 para el Dr. ..., apoderado de esta última parte, todo de conformidad con lo establecido en los arts. 36, 10 y 11 de la Ley 1.594.

Los honorarios del perito contador ... se regulan en la suma de $ 5.000,00 de acuerdo con lo desarrollado en el Considerando IV de esta sentencia.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la demandada vencida (art. 68, CPCyC), fijando los honorarios profesionales en la suma de $ 6.030,00 para el Dr. ..., y $ 1.847,00 para cada uno de los abogados de la demandada Dres. ... y ..., conforme lo establecido en el art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II.

RESUELVE:

I.-Revocar la sentencia de fs. 144/150 vta. y hacer lugar a la acción de amparo, ordenando a la demandada el cese inmediato de la retención que efectúa sobre los haberes previsionales de la amparista en concepto de impuesto a las ganancias, con costas a la accionada vencida (art. 68, CPCyC).

II.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado (art.279 CPCyC), los que adecuados al nuevo pronumiento se fijan en las siguientes sumas: de PESOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS TREINTA SEIS ($ 17.236,00) para el Dr. ..., letrado apoderado de la actora; de PESOS SEIS MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS ($ 6.156,00) para cada uno de los letrados patrocinantes de la demandada Dres. ... y ...; y de PESOS CUATRO MIL NOVECIENTOS VEINTICINO ($ 4.925,00) para el Dr. ..., apoderado de esta última parte, todo de conformidad con lo establecido en los arts. 36, 10 y 11 de la Ley 1.594.

III.- Regular los honorarios del perito contador ... en la suma de PESOS CINCO MIL ($ 5.000,00), de acuerdo con lo desarrollado en el Considerando IV de esta sentencia.

IV.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la demandada vencida (art. 68, CPCyC).

V.- Regular los honorarios profesionales actuantes en la Alzada en las siguientes sumas: de PESOS SEIS MIL TREINTA ($ 6.030,00) para el Dr. ..., y de PESOS UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE ($ 1.847,00) para cada uno de los abogados de la demandada Dres. ... y ..., conforme lo establecido en el art. 15 de la ley arancelaria.

VI.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"DUSCHEK MARIANA LORENA C/ SOCIEDAD ANONIMA IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ PEDIDO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 507130/2015) – Interlocutoria: 22/16 – Fecha: 23/02/2016

DERECHO PROCESAL: Medidas autosatisfactivas.

MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS. REQUISITOS. IMPROCEDENCIA.

1.- Las llamadas "autosatisfactivas" no resultan la vía procesal adecuada para que un juez se pronuncie mediante la pertinente sentencia, por cuanto no se respeta el

derecho de defensa en juicio, dado que el afectado por la medida no tiene participación alguna en el procedimiento.

2.- No hay bilateralidad en las medidas autosatisfactivas y por lo tanto no se pudo ejercer el derecho de defensa que, como hemos visto, es de naturaleza constitucional. Y dicho derecho de defensa no se suple con la posibilidad de apelar la decisión. En segundo lugar, la naturaleza de dichas decisiones deriva de que resulta evidente la urgencia del dictado de una decisión, que algunos llaman sentencia.

3.- La medida autosatisfactiva solicitada no puede tener andamiento. Ello por cuanto, la naturaleza económica del tema sometido a consideración no resulta susceptible de ser analizada dentro del marco propuesto por la actora. Y fundamentalmente, por cuanto sus sostenedores requieren que exista una certeza casi absoluta acerca de la procedencia de la petición y en el caso concreto en modo alguno se advierte ello, toda vez que de la documental adjuntada por el apelante no se observa que el planteo pueda tener andamiento en esta instancia dado que se encuentra controvertida la existencia de la enfermedad alegada por la actora, lo que impide la pertinencia del planteo.

Texto completo:

NEUQUEN, 23 de Febrero del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "DUSCHEK MARIANA LORENA C/ SOCIEDAD ANONIMA IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ PEDIDO", (Expte. N° 507130/2015), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL Nro. 2 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, de acuerdo con el orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Mediante resolución de fs. 35 la jueza desestima la medida autosatisfactiva planteada por la actora.

La decisión es apelada por la accionante en los términos que resultan del escrito de fs. 37/39.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, adelanto que los agravios no prosperarán.

Tal como indiqué en el precedente "Ancafil c/ CALF S/ Medida Autosatisfactiva" (exp. n° 474751 del 23 de marzo del 2.012) y cuyas consideraciones entiendo aplicables al presente, sostuve:

"Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas adelanto que debo disentir con el voto que antecede por cuanto, a mi entender, no resultan viables las medidas autosatisfactivas en nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de reconocer que las mismas son admitidas por parte de la jurisprudencia y doctrina."

"La cuestión central que me obliga a plantear la disidencia versa sobre si resultan procedentes las medidas autosatisfactivas."

"Al respecto la Sala II que integro ha señalado, entre otras, en la causa Expte. N°° 405625/9 del 20 de abril del corriente año:

"Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada entiendo que primero debe examinarse si la medida autosatisfactiva deducida por la quejosa y sin intervención de otra parte tiene sustento constitucional."

"Entiendo que la respuesta debe ser negativa, al menos como principio general, y en casos en los que esté involucrada una cuestión patrimonial o salarial como es el del presente".

"Sobre el tema esta Sala ya ha señalado en el precedente RODRIGUEZ DAISY AZUCENA CONTRA HSBC NEW LIFE SEG.DE RETIROY OTRO S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA", (Expte. Nº 329710/5), que:

"Y bien, considero que las medidas autosatisfactivas son de dudosa constitucionalidad en la medida en que se agotan en sí mismas y no respetan el derecho de defensa de la contraparte, derecho éste de naturaleza constitucional, reconocido en los tratados internacionales y por si ello no bastara de derecho natural (ver al respecto Sto. Tomás, suma teológica, 2.2, q67) ya que entiendo que nadie puede ser condenado sin ser oído antes, lo cual implica, no una simple entrevista, sino que pueda alegar y probar lo que estime pertinente a su derecho."

"Cierto es que puede sostenerse que no existen derechos absolutos, pero lo que debe quedar claro que si lo que se pretende es un proceso y no un simple procedimiento, ello exige la presencia de tres partes: actor, demandado y el tercero imparcial que decide la cuestión en base a los hechos demostrados en la causa y conforme los términos de la acción deducida (principio de congruencia, también de naturaleza constitucional)."

"Con lo expuesto se quiere significar que la violación del derecho de defensa reviste gravedad suficiente como para justificarlo solamente en aquellos supuestos que no puedan admitir la mas mínima demora en la decisión y su ejercicio queda diferido para cuando se notifique la decisión y pueda cuestionarla, sea vía revocatoria o bien el pertinente recurso de apelación."

"Cierto es que las medidas cautelares pueden dictarse sin oír a la contraria o que se pueden fijar, por ejemplo, alimentos provisorios en el juicio pertinente (alimentos) y ello guarda cierta analogía con lo aquí pretendido, en el sentido que se dicten las medidas sin sustanciación."

"Pero en ambos supuestos se parte de la base de que existe una acción principal que sustenta la cautelar, lo que no ocurre en el caso en análisis, según los términos de la pretensión."

"Queda claro entonces que desde mi postura y salvo los supuestos de acciones voluntarias, todo ciudadano o habitante o mejor dicho, toda persona tiene que tener asegurado el derecho de acceso a la justicia a fin de plantear una pretensión y en tal supuesto ello exige que dicha pretensión sea encauzada a través de un proceso que requiere el ejercicio del derecho de defensa, o sea que debe existir un contradictorio entre ambos contendientes que sustentan una determinada postura en base a ciertos hechos que tienen relevancia jurídica y que debatan sobre ellos y el juez en virtud de su imparcialidad y el principio de congruencia debe decidir en base a las pruebas arrimadas a la causa y respetando los términos jurídicos de la acción, sin perjuicio de las particularidades que pueda revestir cada proceso en función de los derechos de fondo involucrados (según sean o no de orden público) y que no es cuestión de analizar en la presente petición."

"Sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos que anteceden entiendo que profundizando la cuestión las medidas autosatisfactivas, como la pretendida por la peticionante, no resultan posibles de ser sustentadas constitucionalmente."

"Nos recuerda Aristóteles que "pertenece al prudente la capacidad de deliberar de una manera correcta sobre lo conveniente para que una vida sea buena, no de un modo parcial sino total" (Ética a Nicómaco, 1440). De dicha definición nos interesa, aquí, el deliberar que se refiere a los actos libres del hombre tomados en su singularidad y concreción. Un acto deliberado es un acto premeditado."

"El diccionario de la Real Academia Española define el deliberar como "considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de ser adoptada y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos" y aquí el vocablo "detenidamente" expresa la integridad de la atención a todos los pormenores de los que pueda resultar un pro o un contra al valorar la decisión de que se trata, en considerar las ventajas y los inconvenientes de un posible acto humano, pero no de una manera general, sino en función de unas concretas circunstancias, hasta las cuales no llegan los meros saberes técnicos, ni nuestras ciencias especulativas."

"En efecto, ya desde antiguo se señaló que el acto propio de la justicia es el juicio y ello se deduce del origen de los términos: Iudicium viene de iudex, a su vez compuesto de ius-dicens, el que pronuncia el derecho, por lo que el juicio significa la sentencia del juez que profiere el derecho, sentido que Santo Tomás precisa diciendo: "el juicio implica la definición o determinación de lo justo o el derecho"."

"En un artículo publicado en el libro Medidas Autosatisfactivas, editado por Rubinzal Culzoni, dice el Dr. Peyrano en "La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución" que comienza con una cita de Rudolf Ihering que dice: "todo derecho a sido disputado, cada regla jurídica importante debió ser arrancada a aquellos que se oponían, y todo derecho tanto el de un pueblo, como el de un individuo, se fundamenta en la permanente disposición a afirmarlo".

"En base a ello afirma que la lucha por el derecho nunca ha sido sencilla y descansada, a veces cansa, otras disgusta, el esfuerzo desplegado en defender lo obvio. Sin embargo, continúa, la perspectiva de poder contribuir a edificar una "jurisdicción oportuna" nos ha estimulado para no abandonar el empeño.

Barruntamos, afirma, que desde siempre lo que hoy se llaman "tutelas diferenciadas" han suscitado iniciales enjuiciamientos adversos y la colocación de vallas a su vigencia. Y concluye: "la opción es de hierro: o la "quietud de las tumbas" auspiciada por quienes no logran despegarse –con el debido respeto y aprovechando todo lo que fuera posible lo anterior- de las enseñanzas de sus maestros o atreverse a internarse en líneas de investigaciones nuevas que sean aptas para concretar el perfil del Poder Judicial que las postrimerías del segundo milenio exige. Por supuesto que no aplaudimos embates entusiastas carentes de fundamentación ni negamos el homenaje que merece la procesalística clásica. Sí en cambio, pensamos que a partir de lo que tenemos debemos pararnos sobre los hombros de quienes nos precedieron para así mirar "más lejos", porque el mundo de hoy no es el de ayer".

"Comparto gran parte de dichos conceptos. Sin embargo, no adscribo a la conclusión a que arriba a favor de la tutela anticipada."

"Pero bueno es ver, brevemente, los argumentos que sustentan dicha postura."

"En primer lugar -y para ello me baso en la publicación antes aludida-, cabe destacar que dicho requerimiento (así lo denomina Peyrano) nace ante lo que consideran como una debilidad de la teoría cautelar ortodoxa: la falta de respuestas adecuadas a los justiciables en determinadas materias y, de allí, la imposibilidad de aplicarles las normas legales vigentes."

"Si se habla de que "no es posible aplicar las normas vigentes" es fácil deducir que, salvo algunas excepciones, esta medida no tiene fundamento legal positivo. Y esto es mas patente aún, cuando el autor antes citado indica que "su introducción expresa en los textos legales deviene impostergable para otorgarle nuevo impulso"."

"En realidad, desde mi punto de vista, el hecho que no tenga recepción legal expresa no constituye un obstáculo insalvable para la adopción del requerimiento."

"Ello por cuanto todos los Tribunales no nos limitamos a decidir una cuestión exclusivamente sobre la base de los términos literales de una norma, sino que tenemos en cuenta los valores y principios receptados tanto en la Constitución Nacional como, también ahora, en los Pactos Internacionales que ha firmado nuestro país."

"Pensemos, por ejemplo, en el amparo que fue una creación pretoriana de la Corte en los famosos casos Siri y Kot y que ya fuera esbozada en algunos precedentes del Dr. Tomás Casáres cuando integraba la Corte (el caso San Miguel, Fallos 216:607). O bien en la recepción del derecho de réplica o incluso en la jurisprudencia que aceptó la actualización de las deudas en pasadas épocas inflacionarias o algunos plenarios de la Cámara Comercial que dieron fuerza legal a la ejecución de pagarés que no eran tales por ausencia de algunos de sus requisitos esenciales y que hoy nadie discute no obstante a la postre minoritaria postura del Dr. Williams quien sostenía la falta de apoyatura jurídica de la postura mayoritaria."

"De manera tal que la falta de una norma legal expresa no me parece argumento suficiente como para desestimar lo que se conoce como tutela anticipada."

"Otro argumento que se utiliza para sustentar dicha postura es que debemos ser jueces con responsabilidad social. Personalmente ignoro que implicancias tiene ser ese tipo de juez. Lo que se pretende de un juez es que aplique el derecho de conformidad con las normas y principios constitucionales y la legislación vigente en la medida que se adecue a dichos principios jurídicos. O, como antes señalaba citando a Santo Tomás, la determinación de lo justo, del derecho, al caso concreto."

"Por otra parte y si bien no en todos sus sostenedores, puede deducirse que, inicialmente, se sustentó la tutela anticipada en las medidas cautelares, al menos un sector considera que mas allá de la praxis judicial y doctrinal, ambos institutos no pueden asimilarse."

"En efecto, como se reconoce, y bajo el apotegma "todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar", se afirma que las medidas cautelares: 1) se ordenan sin oír previamente a la parte contraria, ya que el juez funda su decisión en los hechos afirmados y acreditados sumariamente por el peticionante y se exige contracautela, 2) son provisionales, ya que pueden ser modificadas si varían las circunstancias, pueden ser revocadas o apeladas y 3) son accesorias a un proceso principal ya en trámite o que debe iniciarse dentro de un corto período de tiempo y 4) están ordenadas en función del posible cumplimiento de la sentencia que se dicte en un proceso, lo cual demuestra su naturaleza instrumental, ya que no existen por sí mismas."

"En cambio las medidas autosatisfactivas, al decir de Peyrano, son un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento y reitera, más adelante, que son procesos urgentes en los que el factor tiempo juega un papel fundamental."

"En la misma línea, el Dr. Vargas en un artículo en el libro citado, precisa que las medidas autosatisfactivas corresponden a un proceso autónomo que no es ni provisorio ni accesorio."

"Se comparta o no el llamado requerimiento, hay algo que comparto con sus sostenedores: considero que la distinción resulta adecuada toda vez que, por su distinta naturaleza, las medidas autosatisfactivas no tienen la misma naturaleza que las medidas cautelares."

"Y la precisión de sus doctrinarias resulta importante toda vez que de esa forma podemos saber de que estamos hablando, esto es, de un requerimiento que se agota en sí mismo o, mejor dicho, con la decisión del juez dictada en forma instantánea; con ello se resuelve la solicitud que formula el presentante sin que sea necesario un juicio posterior."

"Esto es, la justicia instantánea al modo de la popular raspadita que reparte premios en el acto; que ahora ha llegado a la justicia, siendo el premio la decisión de un juez, cuya función es nada menos, que la de decir el derecho. En otras palabras, la utopía realizada ya que supongo, si bien no encontré nada al respecto, que la decisión de este juez con responsabilidad social se dictará en el acto, esto es, sin que siquiera pueda alegar a su favor el plazo de tres días para despachar un escrito: no podría ser de otra manera ya que el Código Procesal no resulta de aplicación al "requerimiento"."

"Por otra parte la "justicia instantánea" se deduce de la propia urgencia del caso que no admite la mas mínima dilación, ya que no hace a su esencia que sea oído el contrario."

"Otro de los argumentos esgrimidos para sustentar el llamado, por decirlo así, "requerimiento" es la apelación a la tutela judicial efectiva con especial referencia al factor tiempo."

"En efecto, sus propulsores, señalan constantemente que el "requerimiento autosatisfactivo" se sustenta en la necesidad de la tutela judicial efectiva, principio que le adjudican sustento constitucional y en los tratados internacionales."

"Así Arazi y Kaminker señalan que "la realidad habitual es que existen tiempos que deben necesariamente transcurrir entre el planteamiento de los conflictos y la obtención de su satisfacción por obra y gracia de las actividades procesales judiciales. Tales tiempos, de la justicia, son, al presente y como figura repetida en diversos países y realidades, de tal extensión, que se constituyen en intolerables para los que de ella esperan la solución para sus problemas.

Aún la solución justa, equitativa, conforme a derecho, deja de ser tal cuando el tiempo que ha llevado su obtención determina la frustración de los intereses que a tal arbitrio han sido confiados". Y siguen afirmando que "el tiempo, dimensión enaltecedora de lo humano, obra en estas materias como frustrador de ilusiones, posibilidades y derechos. El proceso justo, cargado de garantías imprescindibles, en este momento histórico ha dejado de serlo –si es que alguna vez lo fue- por imperio de la tardanza que impide la satisfacción en tiempos racionales y tolerables de los

requerimientos de los justiciables" y concluyen afirmando que el acceso a la justicia requiere adecuar los tiempos de lo procesal, para evitar su frustración."

"Con la apelación entonces a la tutela judicial efectiva y su relación con el factor tiempo, es que se justifica la existencia de las tutelas anticipadas."

"Así otro autor, Vargas en "Teoría general de los procesos urgentes" dice que "cuando se refieren a los procesos urgentes, todos los autores aluden, sin ambages a que aquí se produce una "anticipación de la tutela" –Morello-, o se brinda una "tutela anticipada y definitoria" –Berizonce- o una tutela procesal diferenciada –Peyrano, Gil Preli, etc."

"Sigue diciendo dicho autor que se ha producido un renacimiento de dicho término –la tutela- ya que las modernas constituciones consagran el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva."

"Por lo tanto entiendo que no hay dudas que la tutela judicial es un derecho constitucional aplicable a todos."

"Pero, a continuación, añade que ese derecho a la tutela debe ser efectivo y para explicar dicho término recurre a Peyrano al señalar que ya desde el año 1980 se preocupaba por los alcances del valor eficacia en el proceso civil contemporáneo y el cual tiene un valor instrumental respecto del valor justicia."

"De manera tal, resumidamente, y a riesgo de que como toda síntesis sea incompleta, dicho autor señala que las situaciones urgentes son dignas de tutela por ser éste un derecho constitucional y que se agotan con su despacho favorable ya que su derecho tiene una fuerte probabilidad de ser receptado en sentencia de mérito que, vaya paradoja, se brinda en lo que vendría a ser una suerte de "respuesta inmediata" sentencial."

"Coincido con la preocupación y la valoración de la tutela judicial efectiva pero no con que, de ello se siga, que la sentencia deba ser inmediata o, en otras palabras, que esto justifique a las medidas autosatisfactivas."

"En efecto, siguiendo en este punto a Fernando Toller en su obra "el derecho a la tutela judicial efectiva", puede decirse que, en el derecho actual es comúnmente aceptado que toda persona tiene un derecho a acceder a los tribunales para obtener la tutela de sus derechos legítimos."

"Este derecho a la jurisdicción o a la tutela judicial, es la positivación y concreción de un derecho básico de la persona, el derecho a la defensa jurídica. Es que el derecho a la jurisdicción existe con independencia de su reconocimiento positivo. Es un derecho que le corresponde a todo hombre por el sólo hecho de serlo; que es inherente a su personalidad y, además, inalienable e irrenunciable. Es, por lo tanto, un derecho natural básico o de primer grado dentro de la concepción tomista del derecho natural."

"Así Toller señala que al menos cuatro derechos pueden reclamar su condición de fundamentales: el derecho de acceder al proceso –derecho de titularidad general e indiscriminada-, dentro del proceso el denominado derecho al debido proceso o a la defensa en juicio –del que también gozan todos los litigantes y no sólo el actor, el derecho a una sentencia justa o conforme a derecho, y el derecho del justiciable que tiene la razón, sea el actor o el demandado, a una concreta tutela jurisdiccional."

"El derecho al proceso se deriva claramente del artículo 18 de la Constitución Nacional que reconoce que "es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos" y dentro de esta fórmula se engloba tanto el derecho a la jurisdicción como el derecho a un debido proceso."

"La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en dos opiniones consultivas del año 1.987 que "en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros".

"Y remarca el autor que estoy siguiendo que la "garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio, consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional va mucho mas allá de, por ejemplo, la asistencia letrada, ya que prohíbe colocar a la persona en estado de indefensión y protege todo lo que permite a los justiciables participar e intervenir en la causa" y recordemos que la Corte ha señalado que el Poder Judicial tiene como atribución y obligación inalienable el hacer respetar la Constitución y en particular, las garantías personales que la misma reconoce."

"Y podemos agregar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una sentencia del 26 de junio de 1987 señaló que los recursos judiciales efectivos que deben proveer los Estados Parte, deben ser sustanciados de

conformidad con las reglas del debido proceso legal, reconocido en el artículo 8.1, que implica todo lo que asegure la adecuada defensa de las personas cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial, y que debe cumplirse aun bajo suspensión de derechos."

"Por lo tanto estoy completamente de acuerdo con que existe un derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. También de la importancia de la efectividad y del factor tiempo. Pero, recurriendo a la prudencia y la sabiduría, entiendo que el derecho aludido debe ser aplicado en su integridad.

Esto es: todos tienen derecho al acceso a la jurisdicción y a partir de ello, a un proceso legal que también garantice el derecho de defensa antes del pronunciamiento del juez."

"No puede desconocerse que los propulsores del requerimiento no han ignorado la cuestión que se está examinando. Pero conviene hacer algunas puntualizaciones."

"En primer término afirman, al menos algunos, que no hace a la esencia de las medidas autosatisfactivas que se dicten sin oír a la contraria."

"Esto es, algunos requerimientos son más urgentes que otros. En los urgentes al cuadrado, no hay contradictorio, ya que la sentencia se dicta sin que el condenado pueda ejercer, no ya digamos su derecho de defensa, ni siquiera es oído."

"En los restantes se admite su participación al solo efecto de ser oído."

"Así Rivas dice que: "la sentencia anticipatorio ha de ser resultante de la sustanciación previa como principio general, sin perjuicio de situaciones especiales en las que la ley pueda autorizarla sin contradictorios". Y Arazi destaca: "estas medidas provisionales, a diferencia de las cautelares, no necesariamente se dictan sin audiencia de la contraria y tampoco persiguen asegurar el cumplimiento de una futura sentencia a dictarse, sino la satisfacción total o parcial de la pretensión, en decisión anticipada por razones de urgencia."

"Pareciera entonces que, al menos para algunos de sus propulsores, es necesario, en los casos urgentes pero no tanto, que se de un contradictorio. El problema que persiste es que esa participación de la contraria queda limitada a ser escuchado."

"Pues bien, a mi entender, en los supuestos doblemente urgentes, las medidas autosatisfactivas son claramente inconstitucionales por cuanto la prudencia y la sabiduría nos muestran que la decisión de un juez, por aquello de la deliberación, supone necesariamente que se ejercite el derecho de defensa y que por lo tanto ambas partes puedan alegar y probar, tal como lo requiere el derecho a una tutela judicial efectiva."

"Nada nuevo por otra parte. Santo Tomás en la cuestión 67 de la Suma Teológica (dejando de lado el problema del derecho natural y las leyes que a él se le oponen) reafirma el principio de legalidad ya que, para él, el juez es intérprete de la ley y representante de la autoridad que ejerce las funciones de persona pública, razón por la cual debe conocer la causa y dar la sentencia conformándose estrictamente a las leyes y según las pruebas e instrumentos públicos del proceso, no según sus conocimientos como persona privada."

"Esto es que, además de la ley, el juez debe atender, para la cuestión de hecho, a las pruebas y testimonios alegados en la causa, no a los datos habidos como persona privada, y sentenciar "iuxta allegata et probata". Este deber de atender sólo a las pruebas legales es cierto cuando no se prueba con certeza la culpabilidad del reo. El juez debe entonces absolverle y el magistrado que condena al acusado conociendo su culpabilidad cierta sólo por datos extrajudiciales, falta gravemente a su conciencia. Se aclara además que para Santo Tomás tampoco puede condenar cuando la prueba jurídica del delito se ha obtenido por medios ilegítimos contra el acusado."

"Es mas, señala que en las causas criminales el principio de la presunción favorece al reo y debe el juez absolver a quien jurídicamente no fue convicto de su crimen y en las causas civiles la duda, dice, puede ser de hecho ya que no ha sido probado suficientemente y en ese supuesto vale la regla todo hecho debe ser probado y el juez debe fallar a favor de aquel cuyo hecho imputado no ha sido objeto de prueba legal suficiente, aunque le constara privadamente su existencia."

"Y con relación a la forma del juicio destaca que, esencialmente, el proceso debe desarrollarse entre un acusador y un acusado y que el juez no puede condenar a nadie si no hay un acusador que lo querelle o establezca acción jurídica contra él. Es que el juez es un intérprete y arbitro de la justicia que debe fallar entre dos partes en litigio. No puede pues

hacer las veces de acusador estableciendo parcialidad por alguna de las partes. Y agrega que esta necesidad de la acusación para instruir la causa, parece clara prescripción del derecho natural y además es una garantía para el acusado que tiene derecho natural e imprescriptible a la defensa, ya que nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído."

"Por lo tanto, desde el plano filosófico como desde el jurídico y por el derecho, sea que se lo considere como un derecho natural o positivo, ello importa que si bien cualquiera tiene derecho a accionar, nadie puede ser condenado sin antes haber podido ejercer su derecho de defensa mediante un proceso que determine, previamente, las garantías necesarias para ejercer ese derecho."

"Es que, la función del juez, consiste en emitir un juicio y para ello resulta necesario que delibere, tal como lo requiere la prudencia, sobre los pro y los contra de lo que se le presenta y la sabiduría nos indica que, para que ello sea posible, requiere que las partes le presenten el caso y que por lo tanto exista un debate entre ellas en el que aleguen el derecho y prueben los hechos que sustentan sus pretensiones."

"Sin esa deliberación no hay juicio y sin juicio no hay sentencia válida de manera tal que el derecho a la tutela exige, por su propia naturaleza y sea que se lo considere desde el punto de vista del derecho natural o del derecho positivo, tanto que la justicia sea rápida y eficaz, como que cualquiera pueda accionar y que el acusado, sea civil o penalmente, pueda defenderse en forma previa a la decisión del tercero imparcial."

"En cuanto a la segunda postura, la que admite una cierta participación del demandado, puede decirse que, en realidad, lo que propician sus sostenedores es una simple escucha del accionado de manera tal que si bien, ya no tan evidente, el derecho de defensa no se encuentra resguardado, no solamente por la limitación que ello supone, sino por no respetarse la igualdad de las partes en el proceso."

"En efecto, debe tenerse presente que el llamado requerimiento, supone un juicio (algo mas que un prejuicio por la verosimilitud requerida por sus propulsores) previo por parte del juez acerca de su procedencia, ya que de lo contrario debió ser rechazado."

"Si el juez lo admite es por cuanto se reúnen los requisitos que postulan sus defensores, esto es, que se trata de algo urgente, y fundamentalmente, de la procedencia del planteo, con lo cual ante la presentación del requirente el juez debe examinar el derecho y los hechos invocados y llegar a la conclusión de que el mismo no solamente puede ser atendido, sino que el mismo debe ser atendido, ya que la doctrina exige que exista una fuerte certeza, o sea el grado mas alto de la disposición del espíritu o la inteligencia con respecto a un planteo, y por ende un grado bastante mas elevado al de la duda."

"Frente a esa decisión que no desestima inmediatamente el requerimiento, el demandado no está en condiciones de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, ya que el juez tiene la certeza del derecho invocado por el requirente y él va a ser solamente oído, no escuchado. Prácticamente no se le va a prestar atención y en todo caso solamente podrá alegar, pero no podrá probar, ya que en ese caso se desnaturaliza el requerimiento urgente."

"De manera tal que aún esta postura, un poco más respetuosa del derecho de defensa, tampoco puede ser admitida por ser violatoria del derecho inherente a la defensa con anterioridad al pronunciamiento del juez. Por no existir deliberación en el sentido preciso del término, con lo cual el juez comete un acto imprudente por falta de análisis de las posturas de ambas partes en un pie de igualdad. Y tampoco tiene en cuenta la sabiduría, en el sentido de que no aplica los conocimientos fundamentales que hacen a su función como tal de garante del derecho de accionar y del derecho de defensa."

"Otro argumento que se esgrime para obviar el derecho de defensa es que admiten que la decisión puede ser apelada, obviamente que con efecto devolutivo."

"Sin embargo seguimos desnaturalizando el derecho constitucional del debido proceso ya que una persona ha sido condenada sin habérsele dado la posibilidad de ejercer su derecho de defensa. Y a ello se le agrega que no es lo mismo apelar que contestar la demanda, y no creo que sea necesario señalar la diferencia que tienen ambos."

"Una última cuestión. Cuando nace la autosatisfactiva se presenta como algo excepcional, un remedio para solucionar los casos realmente urgentes, que los hay –acoto- pero, si uno examina aunque mas no sea el índice del libro

sobre medidas autosatisfactivas dirigido por el Dr. Peyrano y publicado por Rubinzal Culzoni, advierte que, a poco andar, la excepción se transformó en regla, ya que advertimos que se dan en todos los ámbitos. Así, vemos que existen, según sus propulsores, en el derecho penal, comercial, civil, laboral, administrativo, ambiental, etc."

"A punto tal que, estoy personalmente convencido, esta proliferación del requerimiento al que hoy estamos asistiendo obedece, no tanto a sus propulsores originarios, sino a sus seguidores y fundamentalmente a los jueces que, sin deliberación ni prudencia, han adoptado dicha postura. Para concluir. Si los jueces carecemos de prudencia y sabiduría, sino deliberamos sobre las materias sometidas a nuestra consideración y aplicamos las distintas partes que componen dicha virtud, que debemos adquirir; si no reflexionamos y profundizamos nuestros conocimiento, no solamente sobre la técnica jurídica, sino sobre la esencia del cargo que ocupamos y como debemos ejercer nuestra función, seguiremos sin respetar el derecho natural y positivo a una tutela judicial efectiva."

"Que por cierto tiene en cuenta que los procesos duran demasiado, que debemos ser eficaces, que hay casos urgentes. Pero que, deliberando prudente y sabiamente sobre dichos conceptos, no pueden llevarnos a concluir que alguien puede ser condenado sin que antes pueda ejercer su derecho de defensa."

"Señalo que recientemente en el Congreso sobre tendencias procesales en el siglo XXI que se celebró en la ciudad de Villa la Angostura, el Dr. Arazi, quien sostiene la procedencia de dichas medidas remarcó que las mismas deben ser excepcionales y urgentes y cuando esté en peligro el valor vida, situación que por cierto no se encuentra presente en el caso en análisis."

Entonces y de conformidad con la postura de la Sala II que integro, en lo que al tema se refiere, las llamadas "autosatisfactivas" no resultan la vía procesal adecuada para que un juez se pronuncie mediante la pertinente sentencia, por cuanto no se respeta el derecho de defensa en juicio, dado que el afectado por la medida no tiene participación alguna en el procedimiento.

Cierto es que puede afirmarse que en realidad hay bilateralidad, por cuanto el afectado puede apelar la decisión.

Curiosa forma de bilateralidad la aludida, dado que supone asimilar la contestación de la demanda con el recurso de apelación, y me parece más que evidente que no es lo mismo contestar la demanda que apelar.

Por ejemplo, ¿podría el quejoso ofrecer prueba que obviamente no va a tener sustento en lo previsto por el artículo 260 del Código de rito, que justamente se refiere a la producción de la prueba en la Alzada? ¿La misma: se desarrollaría ante la Cámara? La decisión del juez que, como ya he dicho, para mí no es una sentencia, ¿es susceptible de revocatoria o solamente de apelación? ¿Cómo juega en el caso la introducción de las excepciones previas de los artículos 346 y siguientes del Código Procesal? Etcétera.

A mi entender, entonces, no hay bilateralidad en las medidas autosatisfactivas y por lo tanto no se pudo ejercer el derecho de defensa que, como hemos visto, es de naturaleza constitucional. Y dicho derecho de defensa no se suple con la posibilidad de apelar la decisión.

En segundo lugar, la naturaleza de dichas decisiones deriva de que resulta evidente la urgencia del dictado de una decisión, que algunos llaman sentencia.

III.- Sin perjuicio de lo expuesto, que bastaría para revocar lo decidido, entiendo que aun dejando de lado dicha postura la medida solicitada no puede tener andamiento.

Ello por cuanto, la naturaleza económica del tema sometido a consideración no resulta susceptible de ser analizada dentro del marco propuesto por la actora.

Y fundamentalmente, por cuanto sus sostenedores requieren que exista una certeza casi absoluta acerca de la procedencia de la petición y en el caso concreto en modo alguno se advierte ello, toda vez que de la documental adjuntada por el apelante no se observa que el planteo pueda tener andamiento en esta instancia dado que se encuentra controvertida la existencia de la enfermedad alegada por la actora, lo que impide la pertinencia del planteo.

IV.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la resolución apelada.

Sin costas de Alzada, por tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución de fs. 35 en todo lo que ha sido materia del recurso y agravios.

II.- Sin costas de Alzada, por tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES – SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"PAILAHUEQUE GILBERTO C/ HORMIQUEN S.A. Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 473049/2012) – Sentencia: 01/16 – Fecha: 04/02/2016

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRÁNSITO. CHOQUE ENTRE CAMIÓN Y CICLISTA. EXIMENTE DE CULPABILIDAD. CULPA DE LA VICTIMA. IMPRUDENCIA. CIRCULACION POR LUGAR PROHIBIDO.

No puede imputarse responsabilidad al conductor del camión, teniendo en cuenta que éste no pudo ver a la ciclista quién solamente llegó a la altura del semi-remolque, y además no tenía por qué prever que alguien podría circular a su derecha, ya que ello se encuentra prohibido. No sólo la víctima circulaba por un espacio prohibido a tal fin, que existía cartelería que indicaba esta prohibición (quizás no en el concreto lugar del accidente, pero si a lo largo de la multitrocha), sino que teniendo a su disposición una ciclovía, donde transitar con seguridad, eligió la banquina de la ruta. Pero no es solamente el hecho de circular por un lugar prohibido lo que determina la existencia de la culpa de la víctima, sino que la conducta tenida por la ciclista momentos previos al accidente, y que en mi opinión resulta causa eficiente del siniestro, puede ser catalogada ciertamente como temeraria.

Texto completo:

NEUQUEN, 04 de Febrero del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PAILAHUEQUE GILBERTO C/ HORMIQUEN S.A. Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)", (Expte. Nº 473049/2012), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 5 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 359/367, que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por entender que el fallo de grado incurre en una errónea interpretación del derecho aplicable y de las pruebas producidas.

Dice que la juez de grado, no obstante señalar que la resolución del juez penal que ordena el archivo de las actuaciones no le impide analizar los hechos a la luz del derecho civil, luego termina rechazando la demanda.

Sigue diciendo que el hecho existió, que el señor Soria participó en el mismo, puesto que de las actuaciones penales surge que detuvo su vehículo, que estaba en estado de shock; en tanto que de la pericia en accidentología de fs. 118/122 surge con claridad, a criterio de la apelante, que el embistente por rozamiento fue el chofer del camión con semirremolque, y no la víctima, por lo que quién actuó con negligencia o impericia, fue el chofer del camión, vehículo, además, sumamente peligroso comparado con la bicicleta que conducía la esposa y madre de los actores.

Sostiene que la agravia el hecho que la juez de grado omita valorar los antecedentes jurisprudenciales sobre la prejudicialidad, que cita y transcribe.

Se pregunta como puede afirmarse que una bicicleta tenga mayor entidad de peligro y riesgo que un camión como el que conducía el señor Soria., concluyendo en que esta afirmación importa una tergiversación de los hechos, en tanto que quién conducía realmente la cosa riesgosa no era la víctima, sino el conductor del camión.

Se agravia porque la jueza de grado considera que la víctima se movía dentro de un medio riesgoso, cuando la cosa riesgosa es el camión.

Destaca que el juez penal no dictó ni la absolución ni el sobreseimiento del imputado, que no hubo proceso sino que, por razones que ignora, el juez penal dispuso el archivo de las actuaciones. Cuestiona los fundamentos de la resolución penal que dispuso el archivo de las actuaciones.

Afirma que en el marco del art. 1.113 del Código Civil, en lugar de sopesar las diferencias de masas, la sentenciante de primera instancia invirtió la carga de la prueba.

Transcribe y cuestiona testimonios rendidos en autos.

Critica la interpretación del informe pericial en accidentología, señalando que la a quo se limitó a meritar la prohibición de circulación de ciclistas, cuando el perito no dijo que ello estuviera señalizado. Agrega que, por otra parte, el lugar por donde circulaba la víctima era la única vía posible para circular desde Plottier hacia la ciudad de Neuquén, conforme lo hacen cientos de personas diariamente.

Manifiesta que de los testimonios de autos surge que el conductor del camión tuvo que haber visto circular a la víctima, por lo que debía estar atento, principalmente al trasponer el semáforo donde la banquina de la ruta se angosta, y donde están las isletas, que son lugares de protección o de paso.

Pone de manifiesto que el perito consideró que se trató de un atropello seguido de un arrollamiento, donde el semiacoplado tirado por la unidad tractora incriminada asume el carácter físico mecánico de embistente frente a la ciclista.

Se queja de que el fallo recurrido considere que no existió obrar culposo por parte del conductor del camión, y añade que si éste no tenía posibilidad de ver a la ciclista, como ha concluido la a quo, no debería conducir ni tener carnet habilitante, pues el buen conductor debe tener pleno dominio del vehículo que conduce.

Formula agravio porque la sentencia apelada no valoró el informe técnico obrante a fs. 99 de la causa penal, donde la inspección del camión constató marcas de rozamiento en los laterales externos de las ruedas del lado derecho, y que en la banda lateral externa de la rueda trasera del tractor hay un rozamiento con características similares a las del borde de la cubierta de la bicicleta.

Se pregunta sobre cuál es el sentido de eximir de responsabilidad civil al chofer del camión, quién cuenta con seguro contratado, por lo que no ha de ser él quién afronte el pago de la indemnización sino la aseguradora, privando de la justa reparación a los derechohabientes, si la víctima no quiso suicidarse, ni fue ella quién chocó al camión, sino que fue el demandado quién la rozó, provocando su caída.

b) La parte demandada y la citada en garantía contestan el traslado de la expresión de agravios a fs. 401/403 vta.

Considera que el apelante no ha asumido la carga de refutar en forma precisa y concreta las partes del fallo que considera equivocadas, por lo que entiende incumplido el recaudo del art. 265 del CPCyC.
Subsidiariamente rebate los agravios formulados.
Sostiene que la sentencia de grado efectúa una correcta aplicación del art. 1.113 del Código Civil, al considerar acredita la eximente de responsabilidad alegada por los demandados.
Dice que no se ha producido una inversión de la carga de la prueba, sino que la magistrada de grado dijo que le corresponde a la actora acreditar la existencia del hecho y la relación de causalidad entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño, en tanto que la parte demandada debe acreditar la culpa de la víctima alegada.
Sigue diciendo que luego del análisis de las constancias de la causa, el fallo de grado ha concluido que el accidente se produjo por culpa exclusiva de la víctima.
Agrega que el rechazo de la demanda no se ha basado pura y exclusivamente en la resolución dictada en sede penal, sino que la jueza civil ha realizado una valoración de toda la prueba arrimada, concluyendo, en base a la misma, que la ciclista circulaba por un sector de la ruta en donde no hay ciclovía, y donde se encuentra expresamente prohibida la circulación de bicicletas, ya sea por la calzada o por la banquina, y que esta ha sido la causa eficiente del desenlace fatal.
Manifiesta que la sentencia recurrida ha tenido en cuenta las testimoniales rendidas, brindadas por las personas que se encontraban en el lugar del hecho, al momento de producirse el accidente, no habiendo el apelante logrado desacreditar sus dichos.
Reitera que se encuentra acreditad ampliamente la culpa de la víctima.
Hace reserva del caso federal.
c) La Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente emite opinión a fs. 406, considerando que debe revisarse el fallo apelado.
II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, he de ceñir mi análisis a los aspectos jurídicos de los agravios, toda vez que existe en el memorial de la parte actora una serie de consideraciones ajenas a la ciencia del derecho, como por ejemplo aquellas que refieren a que el demandado debería ser condenado porque la aseguradora tiene la capacidad económica suficiente para abonar la indemnización, o sobre las intenciones de la a quo, que no son propias de profesionales del derecho.
Dejo en claro que la recusación planteada respecto de la sentenciante de grado fue resuelta por esta Sala II, determinándose su rechazo por carecer de fundamento, fallo que está firme y consentido. Asimismo, no he encontrado a lo largo del proceso, y mucho menos en la sentencia recurrida, extremos que permitan siquiera sospechar de la imparcialidad y objetividad de la jueza de primera instancia.
III.- Luego, y abordando ahora la crítica de la recurrente, entiendo que, aunque en forma mínima, los agravios reúnen los recaudos del art. 265 del CPCyC.
IV.- Creo que la demandante no ha prestado debida atención, o ha mal interpretado los fundamentos del fallo apelado.
En primer lugar, la a quo ha entendido que no existe, en autos, prejudicialidad de la sentencia penal respecto de la civil, toda vez que la primera no determina ni la condena ni la absolución del imputado.
Es por ello que la jueza de primera instancia se considera habilitada para analizar todo el material probatorio de acuerdo con las reglas de la sana crítica.
Luego, la sentencia de primera instancia también resulta clara en orden a que la norma legal que rige el caso es el art. 1.113 del Código Civil, por tratarse de un accidente que involucra a un camión y a una bicicleta. Pero, agrega la jueza de primera instancia, habiéndose alegado la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad, a la actora le corresponde probar la existencia del hecho y la existencia del nexo causal adecuado entre el daño y la cosa riesgosa; en tanto que la demandada debía acreditar la eximente alegada.
No existe entonces ni errónea aplicación del art. 1.113 del Código Civil, ni inversión de la carga de la prueba.

En atención a la diferencia de tamaño y de potencialidad dañosa de los vehículos involucrados en el accidente, resulta de aplicación el art. 1.113 del Código Civil, en el entendimiento que el camión asume la condición de cosa riesgosa, criterio que es sostenido por esta Sala II (autos "Carrasco c/ Huentumil", expte. n° 470.228/2012, P.S. 2015-V, n° 109, "Córdoba c/ Palacios", expte. n° 348.531/2007, P.S. 2011-IV, n° 131; "Chávez c/ Andrés", expte. n° 347.901/2007, P.S. 2013-IV, n° 141, entre otros).

Pero, si la parte demandada alega en su defensa la existencia de culpa de la víctima, eximente de responsabilidad prevista por el mismo art. 1.113 del Código Civil, puede y debe la parte que plantea esta defensa probar su existencia.

De otro modo, se produciría una conculcación del derecho de defensa de la parte demandada, al no permitírsele probar una eximente de responsabilidad legalmente consagrada.

Resumiendo, la diferencia de portes dispara la responsabilidad objetiva del conductor y del propietario del camión, por aplicación del art. 1.113 del Código Civil, pero, demostrada la culpa de la víctima, como ha sucedido en autos, aquella rompe el nexo causal entre el daño y la cosa riesgosa, por lo que la pretensión indemnizatoria de la víctima (en este caso sus herederos) no puede tener acogida favorable.

Es cierto que los dichos de la a quo respecto a las apreciaciones realizadas por el juez penal para fundar su resolución aparecen, prima facie, como contradictorios con la anterior proclamación de inexistencia de prejudicialidad, y libre apreciación del material probatorio, pero de todo modos, los conceptos del juez penal han quedado corroborados por la prueba aportada a la causa, por lo que, aún si suprimiéramos mentalmente esa parte de la sentencia de grado, la culpa de la víctima se encuentra probada.

En primer, lugar, la víctima transitaba por un lugar donde está prohibida la circulación en bicicleta. El informe pericial técnico obrante en la causa penal (la pericia accidentológica fue desistida por la parte actora), a fs. 118/122, que tengo a la vista, señala que "En el ejido urbano de Neuquén existen ciclovías al Norte y Sur del trazado a la vía multicarriles de Ruta n° 22, desde la rotonda de acceso Este a nuestra capital a la calle Goya –acceso al Aeropuerto internacional de Neuquén- y Solalique respectivamente… Fuera de estos tramos, se establece carteles de señalización vial que prohíbe la circulación de ciclistas sobre el sector de banquina".

Toda vez que el accidente ocurrió en la intersección de Ruta Nacional n° 22 y calle Futaleufú, la circulación de ciclistas por la banquina se encontraba prohibida, ya que el lugar del hecho se ubica fuera del ámbito geográfico de ciclovías a que aludió el informe pericial.

Por su parte, el testigo presencial del accidente Miguel Angel Rozas (después me referiré a la validez de este testimonio, en atención a que la apelante lo ha denunciado como falso), dice que "la ciclista venía por la banquina a la derecha nuestra. La cinta asfáltica tiene una línea blanca que delimita la banquina del sector de circulación, la ciclista iba por la banquina a la derecha de la línea blanca, no iba por la línea blanca ni por la calzada, iba por fuera…". Preguntado el testigo sobre la existencia de carteles que indiquen la prohibición de circular para ciclistas en la banquina y la ruta contesta, "ante este hecho concreto yo no lo recuerdo pero si se que a lo largo de la multitrocha cada tanto existen estos carteles" (acta de fs. 209/210 vta.).

Con referencia a la cartelería vial, el testigo Domina también sostiene que en la zona del accidente le parece que no existen carteles, pero que si los ha visto en la zona del aeropuerto (acta de fs. 207/vta.).

A ello agrego que el informe pericial técnico, al describir el lugar donde sucedió el accidente, dice, luego de dar las características de la vía multicarril, "al mismo nivel, en sus cuerdas externas se observa el espacio de banquina de dos metros sesenta (2,60 m) destinado sólo al uso excepcional en caso de emergencias, continuando un espacio verde con plantaciones o subanquina y a otro nivel, alejada de la calzada, la ciclovía".

De lo señalado se sigue que no sólo la víctima circulaba por un espacio prohibido a tal fin, que existía cartelería que indicaba esta prohibición (quizás no en el concreto lugar del accidente, pero si a lo largo de la multitrocha), sino que teniendo a su disposición una ciclovía, donde transitar con seguridad, eligió la banquina de la ruta.

Consecuentemente, no se ajusta a la realidad lo afirmado por la apelante respecto a que era la única vía para trasladarse, en bicicleta, desde Plottier a Neuquén, sino que existía la posibilidad de utilizar la ciclovía; en tanto que el hecho que los ciclistas habitualmente –circunstancia que no me consta- utilicen la banquina o la ruta en lugar de la

ciclovía en ese tramo, además de configurar una imprudencia colindante con la culpa grave, no hace caer la prohibición de circular por la banquina.

Pero no es solamente el hecho de circular por un lugar prohibido lo que determina la existencia de la culpa de la víctima, sino que la conducta tenida por la ciclista momentos previos al accidente, y que en mi opinión resulta causa eficiente del siniestro, puede ser catalogada ciertamente como temeraria.

Dice el testigo presencial Rozas: "…Yo venía circulando en dirección oeste-este detrás del camión que venía con el semi-remolque… Respecto de la ciclista, tanto el camión como yo la habíamos sobrepasado unos kilómetros antes, recuerdo haberla visto antes de que nosotros llegáramos al semáforo donde ocurrió el accidente… Cuando llegamos al semáforo el mismo estaba en rojo y tanto el camión como yo detuvimos la marcha, en el instante que a nosotros nos da el semáforo en verde el camión inicia la marcha y yo inicio la marcha detrás del camión. En ese instante la ciclista nos pasa nuevamente… Decía que nos da el semáforo en verde, nosotros iniciamos la marcha que era una marcha lenta, en ese instante cuando íbamos a mitad de recorrido de la intersección de la calle que corta la ruta, yo percibo que la ciclista nos vuelve a pasar… ella viene circulando por la banquina pero al traspasar la boca calle se angosta la banquina existiendo unos 30 centímetros aproximadamente que separa la dársena donde está el semáforo de la calzada, entonces yo veo que la ciclista quiere pasar en ese espacio. Agrega que el ángulo de visión que tenía me impide ver que ocurre a la altura de la rueda trasera derecha del semi porque la esquina del semi me lo impide. Sólo veo la rueda trasera de la ciclista levantada.

Supongo que al ser tan estrecho el pasaje entre el camión y el cordón de la dársena, ahí ha realizado una maniobra de frenado o de choque contra el cordón porque la rueda trasera se levanta y ahí se va abajo del camión. Para mi impactó contra el cordón porque la rueda trasera se levanta con ella conduciendo la bicicleta. Ella cae debajo de las ruedas traseras derechas del semi-remolque, nunca llegó a la altura de la cabina del camión ni de las ruedas traseras del camión. Tampoco hubo en ningún momento rolamiento del cuerpo de la persona, cae e inmediatamente se pone debajo de las ruedas. Cae debajo de las ruedas… El camión iba a marcha lenta porque tenía mucho peso encima y recién arrancábamos del semáforo…". Resulta ilustrativo de lo sucedido el croquis confeccionado por el mismo testigo que obra a fs. 211.

El angostamiento de la banquina provocado por la dársena del semáforo también surge del informe técnico: "…en todo el trayecto en el cual se emplaza la vía multicarriles sobre la Ruta Nacional n° 22… nos trae a considerar las Isletas diseñadas en el recorrido de la vía analizada, son aquellos que se denominan refugios, cuya función particular sirve como resguardo a peatones y pasajeros que ascienden o descienden de transportes públicos, encontrándolas en este caso elevadas respecto del nivel de la calzada. El diseño exhibido en principio no guarda los lineamientos que el mismo reglamento normaliza… En las adyacencias a los cruces ubicados sobre el carril Sur, en su gran mayoría, se logra apreciar que carecen de espacio geográfico… en tanto no se visualiza una continuidad del espacio de banquina a sus laterales. Se verificó la existencia de isletas, en todos los cruces en los que el tránsito se regula con semáforos.

Estas isletas se hallan elevadas con respecto a la calzada de la ruta, y presentan una canalización perpendicular a la misma, para facilitar el cruce de peatones y ciclistas. Su conformación interrumpe el trazado de la banquina…".

De la prueba colectada en la causa se puede reconstruir el hecho dañoso, afirmando que la ciclista circulaba por un lugar prohibido y que al encontrarse con la isleta del semáforo –que interrumpe la banquina-, o chocó contra la misma y cayó, o, advertida de que no podía pasar por el estrecho espacio existente entre la isleta y el camión, frenó abruptamente, perdiendo el control del vehículo y cayendo al pavimento.

De un modo u otro, no ha sido la intervención del camión lo que causó el daño –muerte de la ciclista-, sino que fue la propia imprudencia de la víctima.

No puede imputarse responsabilidad al conductor del camión, teniendo en cuenta que éste no pudo ver a la ciclista quién solamente llegó a la altura del semi-remolque, y además no tenía por qué prever que alguien podría circular a su derecha, ya que ello se encuentra prohibido.

Aún cuando la caída de la ciclista fuera producto del rozamiento del camión, de igual modo la responsabilidad por el rozamiento es de la víctima y no del camión. El conductor del camión, como lo señalé, no estaba obligado a constatar

que al costado y detrás de la cabina pudiera circular una persona en bicicleta, ya que se encontraba detenido a la espera de la habilitación del semáforo, y cuando vió la luz verde retomó la marcha; en tanto que la ciclista no estaba detenida a la par del vehículo, esperando también la habilitación del semáforo, sino que irrumpió desde detrás del camión y por la banquina.

Reitero, en el supuesto que fuera el rozamiento el causante del siniestro, fue la víctima quién al pretender imprudentemente circular por un espacio sumamente estrecho, provocó el contacto con el rodado mayor.

La culpa de la víctima se encuentra, entonces, configurada y ella exime de responsabilidad a los demandados.

V.- He de referirme en este apartado a la denuncia de falso testimonio formulada por la parte actora respecto del testigo Rozas.

Si bien no se cumplió con la vista fiscal ordenada a fs. 218, ni la parte la instó, lo cierto es que no encuentro que lo manifestado por la accionante a fs. 217 quite eficacia a la declaración testimonial del señor Rozas.

Lo dicho por este testigo en sede penal (fs. 62/63 del expediente pertinente) coincide con lo manifestado en sede civil, no advirtiendo que existan las contradicciones que indica la presentante. Por ende, su testimonio genera plena convicción respecto de la veracidad de lo relatado.

VI.- Por lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar el resolutorio apelado en lo que ha sido motivo de agravio.

Asimismo corresponde advertir a los letrados de la parte actora para que, en lo sucesivo, cumplan estrictamente con la previsión del art. 19° del Código de Etica profesional, guardando en sus expresiones la moderación necesaria, y el respeto debido al magistrado cuyo fallo se critica.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios profesionales de los Dres. ..., ... y ... en el 30% de la suma que, por igual concepto, se fije para cada uno de ellos por su labor en la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II.

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 359/367 en lo que ha sido motivo de agravio.

II.- Advertir a los letrados de la parte actora para que, en lo sucesivo, cumplan estrictamente con la previsión del art. 19° del Código de Ética profesional, guardando en sus expresiones la moderación necesaria, y el respeto debido al magistrado cuyo fallo se critica.

III.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).

IV.- Regular los honorarios profesionales de los Dres. ..., ... y ... en el 30% de la suma que, por igual concepto, se fije para cada uno de ellos por su labor en la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales – SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ OCCHI MABEL DELIA S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 522751/2014) – Sentencia: 03/16 – Fecha: 04/02/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

APREMIO. SENTENCIA ADMINISTRATIVA. FALTA DE NOTIFICACION. INHABILIDAD DE TITULO.

1.- La notificación de la sentencia administrativa es un recaudo inherente a su ejecución, por lo que no podría promoverse la ejecución fiscal si la sentencia administrativa no se encontrare notificada. Consecuentemente, la notificación de la sentencia que se ejecuta es un requisito que hace a la habilidad del título ejecutivo.

2.- Más allá de la certificación de funcionario público, resulta evidente que la sentencia administrativa no fue notificada a la interesada, careciendo, entonces, de un recaudo legalmente exigido para constituir título ejecutivo.

Texto completo:

NEUQUEN, 04 de febrero del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ OCCHI MABEL DELIA S/ APREMIO", (Expte. N° 522751/2014), venidos en apelación del JUZGADO JUICIOS EJECUTIVOS 1 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 45/48 vta., que hace lugar a la excepción de inhabilidad de título, y rechaza la ejecución, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por el análisis efectuado por el a quo respecto de la notificación de la sentencia administrativa.

Dice que el sentenciante de grado ha omitido considerar que la notificación practicada en sede administrativa forma parte del título ejecutivo, el que goza de presunción de legitimidad y autenticidad, y es un instrumento público, por lo que, en todo caso, debió ser reargüido de falsedad, no pudiendo discutirse su validez o invalidez a través de una excepción de inhabilidad de título. Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

Destaca que surge del texto de la cédula de notificación que el oficial notificador informa clara y expresamente que hizo entrega del duplicado de la cédula.

Sostiene que la sentencia recurrida desestima también la certificación del Juez de Faltas de Plottier, respecto que la sentencia se encuentra firme.

Agrega que la ejecutada nunca negó la existencia de la deuda, ni las infracciones contravencionales que se le labraron.

b) La ejecutada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 61/65.

Dice que la misma actora ha traído a juicio las infracciones labradas, el título que se ejecuta y la notificación diligenciada en sede administrativa, por lo que entiende que es la misma ejecutante quién ha dado pie a que se alegue la inexigibilidad de la sentencia dictada por el tribunal de faltas por considerar que ésta no se encuentra debidamente notificada. Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

Luego señala que en el dorso de la cédula de notificación no consta el resultado de la diligencia, y agrega que de lo informado por el oficial notificador se desprende que el domicilio no corresponde, sin perjuicio de lo cual hizo entrega de la cédula, sin que fuera suscripta la constancia por persona alguna.

Sostiene que la sentencia que se ejecuta, al no estar notificada, no se encuentra firme y consentida, siendo inhábil como título ejecutivo.

Afirma que la Ordenanza n° 2.270/2004, que regula el procedimiento administrativo en la ciudad de Plottier, en su art. 3° determina que la administración pública deberá actuar sometida al ordenamiento jurídico, debiendo asegurar la

igualitaria participación de los administrados y la publicidad de sus actuaciones. Entiende que la actora ha violado el derecho de defensa y el debido proceso, el que comprende el derecho de los administrados a ser oídos, ofrecer y producir pruebas, y obtener una decisión fundada.

Manifiesta que el art. 53 de la ordenanza citada establece que los actos administrativos deberán ser notificados al interesado; en tanto que la cédula mediante la cual se pretendía notificar la sentencia de fecha 18 de marzo de 2014 no cumple con lo previsto en el art. 141, que refiere al cuerpo de la cédula, como tampoco con el art. 151, en cuanto regla que la notificación debe hacerse en el domicilio real o especial, y las formas previstas para la regularidad del acto.

Sigue diciendo que no fue notificada de las actas de infracción labradas y la sentencia tampoco fue correctamente notificada.

Considera que el hecho que se haya efectuado una certificación por el Juez de Faltas no importa que se haya dado cumplimiento a las disposiciones contenidas en la normativa municipal pertinente.

Destaca que lo que se cuestiona es la exigibilidad de la obligación, excediendo el marco de este proceso indagar sobre la causa de la obligación, por lo que no puede enrostrársele que no ha negado la existencia de la deuda.

II.- En autos se trata de la ejecución de una sentencia administrativa que aplica pena de multa a la demandada.

De acuerdo con el art. 604 del CPCyC, en los juicios de apremio la forma del título y su fuerza ejecutiva serán determinadas por la legislación fiscal.

La ejecutante no cuenta con un código fiscal, en tanto que la Ordenanza n° 3.591/2014 (Código Municipal de Faltas), además de ser posterior a las infracciones que se sancionan, no regla procedimiento alguno para la aplicación de las penalidades. Consecuentemente ha de estarse a la Ordenanza n° 2.270/2004, que regula el procedimiento administrativo en el ámbito de la municipalidad actora, cuyo art. 57° determina que la ejecución del acto administrativo –y la sentencia del juez de faltas es un acto administrativo- no podrá ser anterior a la notificación del acto. De ello se sigue que la notificación de la sentencia administrativa es un recaudo inherente a su ejecución, por lo que no podría promoverse la ejecución fiscal si la sentencia administrativa no se encontrare notificada.

Consecuentemente, la notificación de la sentencia que se ejecuta es un requisito que hace a la habilidad del título ejecutivo.

Luego, la situación que aquí se analiza guarda similitud con la considerada en autos "Municipalidad de Plottier c/ Bradach" (expte. n° 523.522/2014, P.S. 2015-VII, n° 165), aunque el resultado no ha de ser totalmente igual, ya que los elementos que se encuentran presentes en autos, estaban ausentes en el caso "Bradach".

Se dijo en el precedente citado que "En autos "Municipalidad de Neuquén c/ Fuentes" (expte. n° 348.998/2007, P.S. 2011-II, n° 84), con cita del precedente "Municipalidad de Neuquén c/ Iturbide" (P.S. 2005-I, n° 16), se dijo que el juicio de apremio limita su examen a la superficie, quedando para el eventual proceso ordinario posterior la oposición de toda clase de defensas y la mayor contradicción.

"En autos, el título ejecutivo es la sentencia de fs. 21, en la cual se condena al demandado al pago de una multa por las infracciones constatadas en las actas de infracción que en el mismo acto se individualizan; existiendo una resolución del juez de faltas que tiene por firme y consentida dicha sentencia (fs. 23).

"El ejecutado no cuestiona la existencia de la deuda, sino que sostiene que la resolución administrativa no se encuentra firme por no haberle sido notificada correctamente.

"Si bien puede aceptarse que en este tipo de ejecuciones se ingrese al análisis del trámite previo a la resolución administrativa, en cuanto el mismo presente vicios palmarios, ya que toda decisión de la administración debe ser la consecuencia de un proceso legal, en autos no se cuentan con elementos probatorios que permitan establecer si nos encontramos ante este supuesto excepcional".

La apelante afirma que las actas de infracción que se individualizan en el título ejecutivo nunca le fueron notificadas, como tampoco le fue notificada la sentencia condenatoria.

Al igual que sucediera en el antecedente "Municipalidad c/ Bradach", no se ha acompañado a autos el expediente administrativo donde tramitó el proceso previo al dictado de la sentencia, por lo que mal puede analizarse la

notificación o no de las actas de infracción. En consecuencia, y dada la presunción de legitimidad que tiene todo acto administrativo, la queja de la apelante en este aspecto ha de ser rechazada. En todo caso, tiene la demandada la vía ordinaria posterior para discutir y acreditar este aspecto.

Distinta es la cuestión en lo referente a la notificación de la sentencia administrativa, y, por ello adelanté que el resultado de esta apelación ha de diferir del determinado en el precedente "Municipalidad de Plottier c/ Bradach".

Ciertamente el título ejecutivo de autos es la sentencia de fs. 5 y la certificación de fs. 8, que tiene por firme y consentida la sentencia. Pero, conforme lo señala la ejecutada, es la misma ejecutante la que ha acompañado documentación de la que surge que la constancia del título ejecutivo no es auténtica, en cuanto no refleja la realidad de lo sucedido; lo que también se corrobora posteriormente con lo actuado en el expediente.

Cerrar los ojos ante estas constancias, y pretender que por la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos, y por existir una certificación de funcionario público, la sentencia que se ejecuta se encuentra firme (aunque la firmeza no hace a la habilidad del título, ya que la interposición de recursos administrativos no impide la ejecución del acto), por haber sido correctamente notificada a la interesada (recaudo que sí hace a la habilidad del título), no se compadece con el ejercicio de la jurisdicción, y constituiría un exceso de rigor formal, aún encontrándonos en un trámite ejecutivo.

Surge de la cédula de notificación de fs. 6/vta., que la sentencia administrativa que impone la pena de multa a la demandada habría sido notificada en el domicilio de Avenida Argentina n° 420, 7° piso, departamento A de la ciudad de Neuquén; en tanto que el notificador informa que se constituyó en el domicilio indicado y que atendido por una persona, que no firmó, dicho domicilio "no corresponde".

Si bien la atestación del notificador da cuenta de que entregó el duplicado de la cédula de notificación, se encuentra agregado a autos dicho duplicado (fs. 7), por lo que resulta palmario que el mismo no fue entregado en el domicilio indicado, olvidando el notificador tachar la parte pertinente del sello utilizado.

Luego, al interponerse la demanda, seis meses después de la diligencia de notificación a la que hice referencia, la misma ejecutante denuncia como domicilio real de la demandada el sito en B° Rincón Club de Campo, Lote 342 de la ciudad de Neuquén (fs. 9); domicilio que es denunciado como tal por la ejecutada al comparecer a fs. 13.

Incluso a fs. 69/vta., con posterioridad al dictado de la sentencia judicial recurrida, se encuentra agregada una cédula de notificación, que comunica la traba del embargo de autos a la ejecutada, en la que figura el domicilio de calle Avenida Argentina, haciendo constar la Oficial Notificadora del Poder Judicial que "fui informada que la requerida hace aproximadamente 7 (siete) años que no vive allí".

De lo dicho se sigue que, más allá de la certificación de funcionario público, resulta evidente que la sentencia administrativa no fue notificada a la interesada, careciendo, entonces, de un recaudo legalmente exigido para constituir título ejecutivo.

Ello, sin dejar de considerar que la apelante no ha rebatido los argumentos del a quo referidos al incumplimiento en el texto de la cédula de notificación y en el obrar del notificador de las disposiciones de los arts. 146° y 151° de la Ordenanza n° 2.270/2004.

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo confirmar el resolutorio apelado, en lo que ha sido motivo de agravio.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios profesionales del Dr. ... en la suma de $ 1.290,00; los de la Dra. ..., en la suma de $ 520,00; y los de la Dra. ..., en la suma de $ 1.290,00, todo de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 de la Ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II.

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 45/48 en lo que ha sido materia de agravio.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora perdidosa (art. 68 CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia, en las siguientes sumas: para el Dr. ..., patrocinante de la demandada, de PESOS UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA ($1.290), para la Dra. ..., apoderada de la parte actora, de PESOS QUINIENTOS VEINTE ($520) y de la Dra. ..., patrocinante, de PESOS UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA ($1.290) (art. 15 L.A.).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"TEJADA DALMA ROSA C/ BORDA ALFONSO S/ POSESIÓN VEINTEAÑAL" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 471257/2015) – Sentencia: 176/15 – Fecha: 15/12/2015

DERECHOS REALES: Dominio.

MODOS DE ADQUISICION DEL DOMINIO. PRESCRIPCION ADQUISITIVA. ANTERIOR POSEEDORA. TRANSMISION. BOLETO DE COMPRA VENTA. VALORACION DE LA PRUEBA.

Corresponde revocar la sentencia que rechaza la demanda de usucapión, pues, cabe tener por acreditada la posesión anterior de la antecesora de la actora, a los fines de la acreditación del plazo de prescripción adquisitiva, en los términos del art. (anterior 4015 del Código de Vélez) 1899 del Código Civil y Comercial.

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de diciembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "TEJADA DALMA ROSA C/ BORDA ALFONSO S/ POSESIÓN VEINTEAÑAL", (EXPTE. Nº 471257/2012), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 6 a esta Sala III integrada por el Dr. Marcelo Juan MEDORI y el Dr. Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda de usucapión promovida por considerar que la prueba rendida no reúne los requisitos de precisión y claridad que exige la ley para acceder a la adquisición del dominio por prescripción. Ello en tanto que, la prueba producida se limita a evidenciar la concreción de actos posesorios por parte de la actora, más no de su antecesora; resultando a tal fin insuficientes las pocas constancias de pagos de impuestos adjuntadas, y el contenido de los Boletos adjuntados a fs. 9 y 10, que en lo que hace a la posesión garantizada y transmitida en la cláusula 5° del Boleto de marco de 1997 (fs. 9 vta.), conforma una simple manifestación que no fue ratificada por prueba alguna.

II.- La parte actora interpone recurso de apelación (fs. 238) contra esa sentencia definitiva de fs. 231/235, expresando agravios a fs. 244/247 vta., cuyo traslado no fuera contestado.

Argumenta, que la jueza de grado ha rechazado la demanda de usucapión por considerar que su parte no logró demostrar que la posesión sobre la heredad en cuestión ya era ejercida desde el año 1.993 por quién fuera su anterior propietaria.

Afirma, que esta causa fue promovida con el exclusivo fin de subsanar una irregularidad dominial cuyas casusas le son ajenas, respecto de un inmueble cuyo titular registral luego de ser buscado sin éxito por el país fue asistido por el defensor de ausentes. Y que, a los fines de acreditar la posesión veinteñal adjuntó 83 fojas de documentación, destacándose recibos de pagos por impuestos y servicios que datan del año 1993 y dos contratos de compraventa, concordantes con el relato contenido en la demanda. A todo ello, se agregaron los testimonios incorporados a fs. 210/215, todos enderezados a probar la posesión invocada por su parte.

Menciona, que por oposición, la contraria representada por el Defensor de Ausentes, más allá de las negativas rituales contenidas en la pieza de fs. 176/177, no ensayó ningún tipo de contra argumento sustancial a la pretensión actoral.

Resalta, que a diferencia de lo sostenido por la a quo, su parte si probó actos posesorios durante el período 1993/1997; el problema de base es que dicha magistrada relevó de manera parcial las 83 fojas de documental adjuntadas con la demanda, no percatándose que los recibos de pago por impuestos o servicios no fueron solamente 6, sino 21: 6 relativos a la tasas retributivas municipales -a los que se alude en la sentencia- y 15 correspondientes al impuesto inmobiliario.

Afirma, que la prueba documental acompañada con la demanda fue basta y por demás suficiente para probar de manera acabada no solo los actos posesorios efectuados a partir de 1997, sino también los efectuados por la anterior propietaria del bien.

Sostiene, que incluso si los recibos de pago hubieran sido solo seis, a los que erróneamente se alude en la sentencia, tampoco habría lugar a dudas respecto a la posesión denunciada. Ciertamente lo trascendente a esos fines no es concluir si los recibos son pocos o muchos, sino si efectivamente existen y qué prueban.

Y estas "pocas" constancias –todas a nombre de la señora Vidal- consignan la realización de pagos por tasas retributivas durante un período -1993/1995- en los que su parte aún ningún derecho ostentaba sobre la propiedad en cuestión.

Formula reserva de recurrir en Casación y hace reserva del Caso Federal.

III.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento, debo expresar que la prescripción adquisitiva es un medio por el cual el poseedor de una cosa inmueble, adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley. Esa posesión necesaria debe revestir los siguientes caracteres: 1° posesión a título de dueño; 2° posesión contínua y no interrumpida; y 3° posesión pública y pacífica (p. 225, t.2, Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales, Salvat).

La posesión a título de dueño implica una posesión en el concepto técnico de la palabra o posesión con animus domini, de conformidad a lo estipulado en los antiguos arts. 2.351 (actual 1909) y 4.015 (actual 1899) del Código Civil.

En tal sentido, se ha dicho: "La posesión debe ser la que define el artículo 2351, conservándola sólo en su interés propio, como dice Vélez en la nota, y para que ella sea útil debe ser pública, pacífica y continua, y si ella duró así por todo el tiempo de la prescripción (veinte años) sin interrupción, el usucapiente "no tiene ya cosa alguna que probar" para usar del beneficio de la usucapión...La posesión es pública cuando no es clandestina (ver art. 2369 y nota al art. 2479). El Código pretende que el dueño tenga la posibilidad de conocer la posesión que se ejerce en su contra, dado que tiene derecho a oponerse a ella. La posesión es pacífica cuando no es violenta (ver art. 2365 y nota al art. 2478)" (Aída Kemelmajer de Carlucci- Código Civil Comentado- ed. Rubinzal Culzoni- pág. 531/532).

En lo que respecta a la prueba de la posesión a los fines de usucapir, se dijo:

"A fin de acreditar la existencia de los actos posesorios demostrativos de la posesión, que es presupuesto para que se configure la usucapión, la prueba ofrecida y producida por quién pretende usucapir debe ser considerada en su conjunto, atento a que se trata de probar hechos materiales que se han desarrollado a través de un tiempo prolongado. Se admite, por ende, todo tipo de pruebas, siendo especialmente considerada la acreditación de pago de impuestos y tasas por parte del poseedor, aunque los recibos no figuren a su nombre (art. 1, inc. c decreto ley

5756/58 modificatorio del art. 24, ley 14.159). Asimismo, la prueba testimonial es de importancia cuando los actos posesorios han quedado correctamente instrumentados". (Aída Kemelmajer de Carlucci- Código Civil Comentado- ed. Rubinzal Culzoni- Pág. 552). (El remarcado me pertenece).

A los fines de la usucapión, considero que con la prueba aportada por la actora, a la que me referiré seguidamente, se ha logrado probar la posesión pública, pacífica e ininterrumpida ejercida por la Sra. Dalma Rosa Tejada, DNI ..., sobre el inmueble identificado como: Lote 8- Manzana "J"- Chacra N° 167, NC N° 09-21-079-3876-0000, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia del Neuquén, bajo el T°52, F°111, Fca. 11494.

Así entonces, con el plano de mensura obrante a fs. 86, se ha dado cumplimiento a lo establecido en el art. 24 inc. c) de la Ley N° 14.159.

A través de la certificación de dominio (art. 23 ley 17801), emitida por el Registro de la Propiedad Inmueble de esta Provincia (fs. 7/8), se ha logrado acreditar que la titularidad del lote a usucapir pertenece al Sr. Alfonso Borda.

Por su parte la posesión, pública, pacífica e ininterrumpida del lote en cuestión por la antecesora de la demandante, Sra. María del Carmen Vidal y de la Sra. Dalma Tejada, durante mayor plazo que el establecido por el art. 4015 (actual art. 1899) del Código Civil, se encuentra debidamente acreditada a través de la documentación adjuntada por cuerda a estos actuados.

En efecto, de la documentación agregada por cuerda surge que, conforme boleto de compraventa adjuntado a fs. 76, en el mes de marzo de 1997, la actora -Dalma R. Tejada-, adquiere de la Sra. María Del Carmen Vidal, DNI. ..., un inmueble identificado como: Lote 8, Mza. "J", Chacra N° 167, nc: 09-21-079-3876-0000, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Pcia. de Neuquén, en el Tomo 52-F°111, de la Finca 11494; y que según boleto de fs. 77 y vta., la vendedora del boleto anterior, en el mes de febrero del año 1993, había adquirido dicha propiedad del Sr. Héctor B. Escobar, LE N° ....

Ahora bien, sin perjuicio del desconocimiento genérico de la documental -por no constarle su autenticidad- que efectúa la Defensora de Ausentes a fs. 176, entiendo que en autos hay prueba concreta referida al pago de impuestos inmobiliarios del lote en cuestión, correspondientes al período: 1993, 1994, 1995, 1996 y principios del año 1997 (ver fs. 23/37 y fs. 72 a 75) por la Sra. María Del Carmen Vidal, antecesora en la posesión de la accionante.

Esta documentación, a mi entender, corrobora –máxime cuando no existe prueba que la controvierta- que la Sra. Vidal, si bien no era titular del inmueble en cuestión, detentó la posesión del mismo durante el período indicado en el boleto de compraventa de fs. 77 y vta.

Por lo tanto, frente a la negativa meramente general de la Defensora de Ausentes, dicha prueba documental no pierde la virtualidad señalada párrafos más arriba, para corroborar junto a los contratos de compraventa adjuntados -y también desconocidos de manera meramente general por la Defensora- que la Sra. María Del Carmen Vidal ha sido antecesora en la posesión de la actora (durante el período: 1993/1997).

Tal circunstancia guarda debido correlato con el cúmulo de prueba documental que adjunta la demandante, a fs. 1 a 22; 38 a 71 y 78 a 183, que comprueba el pago por parte de ésta del impuesto inmobiliario, rentas, agua y gas durante el período 1997 y siguientes, y con las testimoniales obrantes a fs. 211 y vta.; 212 y vta.; 214 y vta. y 215 y vta., que dan cuenta de la realización de actos posesorios de la actora sobre el inmueble objeto de usucapión desde la fecha indicada en adelante.

Todo ello, amerita, conjuntamente con el boleto de compraventa que luce a fs. 77 y vta., tener por acreditada la posesión anterior de la antecesora de la actora, a los fines de la acreditación del plazo de prescripción adquisitiva, en los términos del art. (anterior 4015 del Código de Vélez) 1899 del Código Civil y Comercial.

Además advierto, que no se ha presentado en autos herederos del titular dominial, Sr. Alfonso Borda y/o terceras personas, a reclamar o controvertir los hechos o el derecho invocado por la accionante, por lo que al no haber mediado oposición por parte de algún interesado, -más allá del desconocimiento meramente general efectuado por la Defensora en su escrito de fs. 176- las pruebas analizadas resultan suficientes para que se revoque el fallo de primera instancia y se haga lugar a la usucapión en los términos expuestos en el párrafo anterior.

III.- Por lo expuesto, propongo al Acuerdo que se revoque la sentencia de primera instancia, y se haga lugar a la demanda de prescripción de la fracción del inmueble identificado como lote 8, Manzana "J", Chacra N° 167, Nomenclatura Catastral: 09-21-079-3876-0000- Dpto. Confluencia, de esta Provincia, interpuesta por la señora Dalma Rosa Tejada contra quién en vida fuera Alfonso Borda.

Atento a no haber mediado oposición de la contraria, considero que en función de como se resuelve, corresponde imponer las costas por su orden, difiriendo la regulación de los honorarios para la oportunidad de contar con pautas suficientes al efecto.

Tal mi voto.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar la sentencia dictada a fs. 231/235, haciendo lugar a la demanda de prescripción incoada por la Sra. DALMA ROSA TEJADA del inmueble identificado como lote 8, Manzana "J", Chacra N° 167, Nomenclatura Catastral: 09-21-079-3876-0000- Dpto. Confluencia, de esta Provincia, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran éste pronunciamiento.

2.- Imponer las costas en ambas instancias por su orden (art. 68 2° apartado del C.P.C.C.).

3.- Diferir la regulación de honorarios hasta que se cuente con pautas para ello.

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"DIAZ OSVALDO ALFREDO Y OTROS C/ COOP. AGUA POTABLE PLOTTIER LTDA S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 447338/2011) – Sentencia: 178/15 – Fecha: 15/12/2015

DERECHO COMERCIAL: Ley de cooperativas.

CONSEJO DE ADMINISTRACION. CONSEJEROS. DETERMINACION DE LA REMUNERACION. PROCEDIMIENTO IRREGULAR. ART. 67/LEY 20337.

1.- No corresponde validar la determinación de los honorarios fijados a los consejeros por su labor institucional si la misma se efectuó a través de un procedimiento irregular, es decir, en violación a lo dispuesto por el art. 67 de la Ley de Cooperativas, reproducido en el art. 72 del Estatuto de la Cooperativa demandada, que al respecto establece: "Por resolución de la asamblea puede ser retribuido el trabajo personal realizado por los consejeros en el cumplimiento de la actividad institucional...". […] Estas consideraciones volcadas en la sentencia son las que determinan la improcedencia de la pretensión de los actores dirigida al cobro de los honorarios que

dicen les adeuda la Cooperativa, por lo tanto, más allá de la falta de contestación de la demanda y de los efectos de la rebeldía y su presunción en relación a la veracidad de los hechos alegados, tales circunstancias no tienen por efecto desvirtuar la existencia de los motivos que determinaron que la jueza de primera instancia rechazara su planteo.

2.- […] La postura sustentada por los accionantes resulta enervada por la propia documental adjuntada por ellos al iniciar la acción y es por tal motivo que resultan improbadas las afirmaciones expuestas en el escrito de inicio, por lo que propondré al Acuerdo, el rechazo del presente agravio.

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de diciembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "DIAZ OSVALDO ALFREDO Y OTROS C/ COOP. AGUA POTABLE PLOTTIER LTDA S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS", (Expte. N° 447338/2011), venidos en apelación del Juzgado Civil N° 5 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia de fs. 378/381 rechaza la demanda de cobro de pesos promovida por los actores contra la Coop. de Agua Potable, Edificación y Vivienda y Otros Servicios Públicos de Plottier LTDA., al considerar que en autos no se ha logrado acreditar la determinación o fijación de honorarios o retribución a los consejeros por medio de la Asamblea de la Cooperativa.

Esa sentencia es apelada por los actores a fs. 383, expresando agravios a fs. 397/403, cuyo traslado fue contestado por la contraria a fs. 405 y vta.

II.- Agravios de la parte actora.

Cuestionan, que en la sentencia se omitió a la hora de resolver, la presunción deriva de los arts. 59 y concordantes del Código Procesal, toda vez que la falta de contestación de la demanda implicó una alteración de la carga de la prueba, por lo que se debió tener por ciertos y probados los dichos invocados por su parte, violando así la a quo las reglas de la sana critica y la normativa citada al realizar una interpretación forzada de los hechos y de la prueba producida.

Sostienen, que mediante la inconstestación de la demanda, la presentación de los distintos reclamos de su parte tendientes al cobro de los honorarios por la labor realizada por esta última, resulta materia incontrovertida que adquiere plena autenticidad, tornando a su vez operativa la previsión del art. 356, inc. 1 del Código Procesal, en cuanto prescribe que los documentos acompañados en la demanda se tendrán por reconocidos o recibidos, según el caso. Y este artículo habilita a dar por auténticas las piezas intimatorias remitidas a la Cooperativa.

En segundo lugar, critican la imposición de costas a su parte, toda vez que el silencio de la demandada, tanto de los reclamos extrajudiciales como judiciales tendientes al cobro de la acreencia, los hizo incurrir en la creencia absoluta de estar a derecho a los efectos de conseguir por vía judicial su cobro, siendo por lo cual arbitrario que a la pérdida del derecho se le sume que deban afrontar los gastos del proceso.

De la expresión de agravios se ordenó correr traslado, los que fueron contestados por la contraria, solicitando en primer término la deserción del recurso por no reunir los requisitos del art. 265 del CPCyC. Subsidiariamente, pide su rechazo con costas.

III.- En forma preliminar debo señalar que los fundamentos del recurso de apelación bajo análisis cumplen los requisitos del art. 265 del Código Procesal.

Así entonces, frente al planteo concreto de la contraria en tal sentido, debo destacar que el citado art. 265 exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el recurrente considera equivocadas. Y en este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto -Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial, Anotado, Comentado y Concordado", Tº I, Pág. 835/7).

En este orden de ideas, vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado no constituye la crítica para la que prescribe la norma.

Desde esta perspectiva, considero que la expresión de agravios de los actores logra cumplir con los requisitos referidos. En base a lo expuesto, y a fin de preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional, no habré de propiciar la deserción requerida y trataré los agravios vertidos.

IV.- Ingresando al tratamiento de la questión traída a estudio, debo señalar que, si bien en nuestro régimen procesal la rebeldía en la contestación de la demanda no tiene sino dos consecuencias: a) remover el obstáculo que la actitud remisa del accionado opone a la prosecución de los trámites de la causa; y b) facultar al tribunal para inferir una presunción de los hechos alegados (cfr. Palacio y Alvarado Velloso, en "Código Procesal...", t.3, p. 41), por lo que ello no implica la aceptación automática e indiscriminada de las pretensiones de la parte actora, si ésta son inverosímiles, improbadas irreales o abusivas.

Consecuentemente, el hecho de no haber contestado la demanda no inhibe al Juez de meritar lo alegado y probado por una de las partes, a los fines de evaluar si se han acreditado las circunstancias invocadas para decidir en definitiva sobre su pretensión.

De allí, que los efectos del art. 356, no son más que crear una presunción simple que debe ser acreditada por el juez en el momento de dictar sentencia, teniendo en cuenta los elementos de convicción y demás pruebas que se hayan aportado a la causa.

De lo precedentemente expuesto, se desprende que la falta de contestación de la demanda no puede ser tomada de manera automática como una confesión, a los fines de tener por reconocida la existencia de los hechos en que se funda la pretensión del actor. Por lo que, la rebeldía (como incontestación de demanda) solo constituye una presunción iris tantum de los hechos invocados, y la carga de la prueba de los hechos constitutivos debe aportarla la parte actora.

Efectuadas estas apreciaciones, considero que en el caso de autos, el silencio de la demandada no resulta suficiente para tener por probados los hechos en que se funda la pretensión de los demandantes, pues la magistrada de grado, precisamente, al evaluar la prueba aportada tuvo por improbada la existencia de los extremos fácticos y legales necesarios para la procedencia de la acción.

En tal sentido, y sin perjuicio de las consideraciones volcadas por los apelantes sobre los efectos de la rebeldía (art. 59 CPCC) y falta de contestación de la demanda (art. 356 del CPCyC), no se ha atacado un punto central del fallo, como es el análisis que efectúa la jueza sobre la falta de adjunción de la resolución que establece el art. 67 de la Ley de Cooperativas y art. 72 del Estatuto de la Cooperativa de Agua Potable, Edificación, Vivienda y otros Servicios Públicos de Plottier.

Al respecto la en la sentencia en crisis se dijo: "No se ha adjuntado a la causa la resolución de la que hablan los artículos mencionados. En efecto, los actores efectúan el reclamo de cobro de honorarios que -dicen– fueron determinados en Acta de la Cooperativa N° 434 del 31 de marzo de 2005 y aumentados en Acta de la Cooperativa N° 489 del 16 de agosto 2009. No obstante las Actas N° 434 y N° 489 no son actas que reflejan la reunión de la Asamblea, sino que son actas de reunión del Consejo de Administración. Las únicas actas de asamblea acompañadas y que analiza la perito contadora en su informe obrante a fs. 314/316, son las N° 21, 22 y su complementaria, de las que surge que en las mismas no se trató la retribución y labor de los consejeros de la cooperativa, sin dejar de considerar que son de fecha posterior a su actuación.

Entiendo que el Consejo de la Administración no resulta ser el órgano de la cooperativa legitimado para fijar las retribuciones de sus miembros. La Ley y el propio estatuto de la cooperativa demandada pone en cabeza de la Asamblea la decisión de fijar las remuneraciones de los consejeros y si bien no fija pautas respecto de su medida, deja el punto librado a la prudencia de la asamblea".

Estas consideraciones volcadas en la sentencia son las que determinan la improcedencia de la pretensión de los actores dirigida al cobro de los honorarios que dicen les adeuda la Cooperativa, por lo tanto, más allá de la falta de contestación de la demanda y de los efectos de la rebeldía y su presunción en relación a la veracidad de los hechos alegados, tales circunstancias no tienen por efecto desvirtuar la existencia de los motivos que determinaron que la jueza de primera instancia rechazara su planteo.

Así entonces, el hecho que la demandada no haya comparecido a juicio, no habilita a validar la determinación de los honorarios fijada a través de un procedimiento irregular, es decir, en violación a lo dispuesto por el art. 67 de la Ley de Cooperativas, reproducido en el art. 72 del Estatuto de la Cooperativa demandada, que al respecto establece: "Por resolución de la asamblea puede ser retribuido el trabajo personal realizado por los consejeros en el cumplimiento de la actividad institucional...".

La postura sustentada por los accionantes resulta enervada por la propia documental adjuntada por ellos al iniciar la acción y es por tal motivo que resultan improbadas las afirmaciones expuestas en el escrito de inicio, por lo que propondré al Acuerdo, el rechazo del presente agravio.

En relación a las costas, los apelantes fundan su planteo en que el silencio de la incoada tanto a los reclamos extrajudiciales como el judicial realizado tendiente al cobro de la acreencia, hizo a su parte incurrir en la creencia absoluta de estar a derecho a los efectos de conseguirlo por la vía judicial.

Que los actores interponen la acción tendiente al cobro de una deuda en concepto de honorarios en su calidad de miembros del Consejo de Administración de la cooperativa correspondiente a 17 períodos mensuales con fundamento en las Actas N° 434 del 31.03.2005 y N° 489 del 16.08.2006 del mismo órgano que los había fijado (fs. 10/14), que al igual que las sucesivas actas en que se dio tratamiento al reclamo (fs. 15/19) y notas intimando el pago en forma extrajudicial (fs. 8, 9, y 20/23), no fueron cuestionadas en su autenticidad y recepción conforme haber quedado incontestada la demanda (fs. 52/53).

Que el art. 68 en su segundo párrafo habilita al magistrado excepcionar el principio general –sentado en su primer párrafo- por el que las costas las debe cargar la parte vencida, imponiéndole el deber de fundar su apartamiento:

"Sin embargo, el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad".

Dada la naturaleza de la controversia, lo cierto es que la ausencia de toda respuesta por parte del órgano directivo en sede judicial y extrajudicial, incluso el tratamiento que le otorgara aquel en posteriores reuniones, habilita valorar aquellos antecedentes en el sentido de que los actores pudieron considerarse con derecho a reclamar por esta vía el pago, aún cuando el tema no había sido resuelto por el órgano competente (la asamblea).

Así, las especiales circunstancias reseñadas y a la vez precisadas por los actores en su recurso constituyen suficiente fundamento y habilitan a que, dentro del adecuado margen de arbitrio que otorga la ley procesal transcripta, las costas se impongan en el orden causado.

V.- Luego, resultando las partes recíprocamente vencida y vencedora ante esta Alzada, se estima adecuada igual tesitura para la imposición de costas, conforme lo estipula el art. 71 del CPCyC.

Por lo expuesto, y al compartir los fundamentos de la resolución de primera instancia, propongo al Acuerdo que se confirme en lo principal la sentencia de fs. 378/381, modificándola en cuanto a las costas, las que se imponen en el orden causado (art. 71 C.P.C.C.). Atento la forma en que se resuelve, las costas de Alzada se imponen en el orden causado, debiéndose regular los honorarios correspondientes a esta instancia de conformidad con el art. 15 LA.

TAL MI VOTO.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar en lo principal la sentencia dictada a fs. 378/381, modificándola en cuanto a las costas, las que se imponen en el orden causado (art. 71 C.P.C.C.).

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 71 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"BANCO HIPOTECARIO S.A. C/ ORTIZ MONTECINOS GERARDO A. S/ COBRO EJECUTIVO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 449600/2011) – Sentencia: 183/15 – Fecha: 17/12/2015

DERECHO CIVIL: Intereses.

INTERESES COMPENSATORIOS. COMPUTO DE INTERESES. FECHA DE INICIACION. LETRA DE CAMBIO Y PAGARE. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL. ART. 771/CCyC. FACULTADES DEL JUEZ. TASA DE INTERES. READECUACION.

1.- Corresponde confirmar el fallo recurrido salvo en lo que hace a la fecha a partir de cuándo se devengan los intereses compensatorios, que se establece en la fecha de suscripción del pagaré, tal lo acordado y lo previsto en la norma legal. Recordando el concepto de dichos intereses, como precio por el uso del dinero es lógico que se devengue desde el momento en que se accede a él, y más específicamente lo determina el art. 5 del dec. 5965/63 Letras de Cambio, Valés y Pagarés, que prevé que en los documentos a la vista o a tiempo vista, se pueden establecer intereses, determinando la tasa, corren a partir de la fecha de creación de la letra de cambio, si es que en ella no se dispusiera una fecha distinta. (conf. Gómez Leo, "Instituciones de derecho cambiario", Tº II-A, 2da.Ed., página 271 y ss.). [...] Esta Cámara de Apelaciones se ha expedido en tal sentido in re "BANCO BANSUD S.A. CONTRA DI CROCHE AGUSTIN MARIO Y OTRO SOBRE COBRO EJECUTIVO" (Expte. Nº 883-CA-98) SALA I.

2.- Las facultades judiciales establecidas en el Art. 771 del Código Civil y Comercial se aplican a todo tipo de interés y al resultado de la aplicación del anatocismo, estableciéndose un criterio netamente objetivo para proceder a la readecuación de

la tasa de interés que resulta excesiva. La comparación se efectúa con el costo medio del dinero en situaciones similares a la de la obligación bajo análisis, en el lugar donde se contrajo la obligación. Además, la distorsión debe ser desproporcionada y sin justificación, dos calidades que deben confluir. Si bien la cuestión demanda la mayor prudencia, el juez no sólo puede a pedido de parte morigerar la tasa, sino que también debe hacerlo de oficio cuando las condiciones previstas en la norma surgen evidentes, en razón del orden público comprometido. En el marco de un sistema nominalista, y en función de la fuerte potenciación del principio de buena fe (art. 9) y del ejercicio regular de los derechos (art. 10), el adecuado funcionamiento del sistema monetario es una cuestión que excede notablemente el interés de los particulares. Ello acontece particularmente en el ámbito de los juicios por cobro de pesos (pagarés, tarjetas de crédito, créditos personales, etc.) que en su gran mayoría se sustancian en rebeldía del demandado, la norma mencionada permite intervenir al juzgador para garantizar no sólo la concreción de los principios señalados, sino también para evitar el enriquecimiento sin causa del acreedor. Tal situación es evidente en el marco de las relaciones de consumo, y también en los contratos por adhesión a condiciones generales. La novedad es que incorpora en forma expresa la posibilidad, reconocida por la doctrina y jurisprudencia, de reducir de oficio por el juez las tasas de interés cuando resultan objetivamente desproporcionadas. (p. 121 y ss., t. V, Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Lorenzetti).

Texto completo:

NEUQUEN, 17 de diciembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BANCO HIPOTECARIO S.A. C/ ORTIZ MONTECINOS GERARDO A. S/ COBRO EJECUTIVO", (Expte. N° 449600/2011), venidos en apelación del JUZGADO JUICIOS EJECUTIVOS 3 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

I.- Que la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de trance y remate del 1 de julio del 2014 (fs. 27), presentando memorial a fs. 28.

Argumenta que la juez de grado incurre en arbitrariedad al modificar la cláusula de intereses pactada entre las partes, debiendo establecerse los compensatorios desde la suscripción del pagaré y los moratorios desde la intimación judicial.

Solicita se revoque el fallo recurrido, fijándose intereses como se pide.

Corrido el pertinente traslado la parte demandada no contesta.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis manda llevar adelante la ejecución hasta el íntegro pago del capital reclamado, con más intereses desde la intimación de pago y embargo, fijándose que en conjunto no podrán superar el equivalente al doble de la tasa activa del BPN.

De las constancias de autos surge que se persigue la ejecución de un pagaré suscripto el 13 de noviembre del 2006, a la vista y sin protesto, pactándose que devengará intereses compensatorios a una tasa anual del 31% desde la firma y moratorios del 36% desde la fecha de la mora, con capitalización mensual (fs. 7); y que se formaliza mandamiento de intimación de pago, embargo y citación de venta el 29 de mayo del 2014 (fs. 23/25).

El artículo 771 del Código Civil y Comercial estipula expresamente: "Facultades judiciales. Los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos." (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 765 y ss. del Cód. Civ. y Com.; y 165 del Cód. Proc.).

Los intereses se dividen de la siguiente manera: a) intereses que se deben por tener el capital ajeno o que debe entregarse a otra persona, en concepto de precio, denominados compensatorios (art. 767 del Código); b) intereses que se deben por haber ingresado el deudor en estado moratorio. Los intereses por mora a su vez se subdividen en moratorios (art. 768) y punitorios (art. 769). Ambos pueden tener origen legal o convencional.

Como regla los intereses compensatorios no se deben, salvo pacto de partes o que lo imponga la ley. Las partes están facultadas para fijar la tasa de interés compensatorio, con los límites impuestos por la buena fe y el ejercicio regular de los derechos. Puede surgir también de la ley, o de los usos y costumbres, en su caso puede ser fijada por los jueces. Si resulta excesiva, rige lo establecido en el artículo 771 del Código.

Los intereses moratorios se devengan, ipso iure, a partir de la mora, por expresa disposición legal. Se establecen tres criterios para determinar la tasa: pacto de partes, el fijado por leyes especiales, y en subsidio es el Banco Central quien debe establecerla mediante reglamentaciones. En caso de ser excesivos, se aplica el artículo 771 del Código.

Las facultades judiciales establecidas en la norma transcripta se aplican a todo tipo de interés y al resultado de la aplicación del anatocismo, estableciéndose un criterio netamente objetivo para proceder a la readecuación de la tasa de interés que resulta excesiva. La comparación se efectúa con el costo medio del dinero en situaciones similares a la de la obligación bajo análisis, en el lugar donde se contrajo la obligación. Además, la distorsión debe ser desproporcionada y sin justificación, dos calidades que deben confluir. Si bien la cuestión demanda la mayor prudencia, el juez no sólo puede a pedido de parte morigerar la tasa, sino que también debe hacerlo de oficio cuando las condiciones previstas en la norma surgen evidentes, en razón del orden público comprometido. En el marco de un sistema nominalista, y en función de la fuerte potenciación del principio de buena fe (art. 9) y del ejercicio regular de los derechos (art. 10), el adecuado funcionamiento del sistema monetario es una cuestión que excede notablemente el interés de los particulares. Ello acontece particularmente en el ámbito de los juicios por cobro de pesos (pagarés, tarjetas de crédito, créditos personales, etc.) que en su gran mayoría se sustancian en rebeldía del demandado, la norma mencionada permite intervenir al juzgador para garantizar no sólo la concreción de los principios señalados, sino también para evitar el enriquecimiento sin causa del acreedor. Tal situación es evidente en el marco de las relaciones de consumo, y también en los contratos por adhesión a condiciones generales. La novedad es que incorpora en forma expresa la posibilidad, reconocida por la doctrina y jurisprudencia, de reducir de oficio por el juez las tasas de interés cuando resultan objetivamente desproporcionadas. (p. 121 y ss., t. V, Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Lorenzetti).

Conforme lo reseñado, las novedosas disposiciones legales sintetizadas han aclarado los distintos tipos de interés, manteniendo las facultades de control judicial sobre las cláusulas abusivas, las que indudablemente se ven fortalecidas en las relaciones de consumo según arts. 1092 y ss.. (cfme. arts. 42 de la Const. Nac.; 55 de la const. Prov.; y 37 de la ley 24.240). Asimismo, se aclara que tratándose de una relación de consumo no caben dudas respecto la aplicación de la nueva normativa de conformidad a lo dispuesto en el art. 7 del mismo código.

Entonces, reconocida legalmente la facultad morigeradora ejercida, cabe su confirmación, destacando que no se ha impugnado la tasa fijada. Por lo demás, el recurrente consiente la fecha de inicio de los intereses moratorios, cuestionando la fecha de inicio de los compensatorios. Recordando el concepto de estos últimos, como precio por el uso del dinero es lógico que se devengue desde el momento en que se accede a él, y más específicamente lo determina el art. 5 del dec. 5965/63 Letras de Cambio, Valés y Pagarés, que prevé que en los documentos a la vista o a tiempo vista, se pueden establecer intereses, determinando la tasa, corren a partir de la fecha de creación de la letra de cambio, si es que en ella no se dispusiera una fecha distinta. (conf. Gómez Leo, "Instituciones de derecho cambiario", T° II-A, 2da.Ed., página 271 y ss.).

Esta Cámara de Apelaciones se ha expedido en tal sentido in re "BANCO BANSUD S.A. CONTRA DI CROCHE AGUSTIN MARIO Y OTRO SOBRE COBRO EJECUTIVO" (Expte. Nº 883-CA-98) SALA I.

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteara el recurso, propicio rechazar en su mayor parte la apelación, confirmando el fallo recurrido salvo en lo que hace a la fecha a partir de cuando se devengan los intereses compensatorios, que se establece en la fecha de suscripción del pagaré, tal lo acordado y lo previsto en la norma legal, sin costas en la alzada teniendo en cuenta la falta de oposición y la naturaleza de la relación y controversia.

Tal mi voto.

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar en lo principal la sentencia dictada a fs. 27 y vta., modificándola respecto a la fecha a partir de cuando se devengan los intereses compensatorios, estableciéndola en la fecha de suscripción del pagaré, tal lo acordado y lo previsto en la norma legal, de conformidad a lo establecido en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Sin costas en la alzada teniendo en cuenta la falta de oposición y la naturaleza de la relación y controversia.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"PETERS GABRIELA LORENA C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 70808/2015) – Sentencia: 188/15 – Fecha: 18/12/2015

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

DERECHO A LA SALUD. OBRA SOCIAL PROVINCIAL. MENOR. DICAPACIDAD. ACOMPAÑANTE TERAPEURICO. PRUEBA. FACULTADES DEL JUEZ. MAESTRO INTEGRADOR.

> Cabe confirmar la sentencia que al hacer lugar a la acción de amparo le ordena al ISSN que otorgue la cobertura del 100% de un acompañante terapéutico, que asista a su hija T., de lunes a viernes, cuatro horas por día en la escuela [...]. Ello es así, pues, advierto que la prueba de la que intenta valerse la Obra Social es para intentar eludir la responsabilidad que le cabe en el asunto, al sostener cuando presenta su informe (...) que la figura aquí comprometida –maestra integradora- se encuentra comprendida en la órbita del Consejo Provincial de Educación de Neuquén, quién debe brindar la prestación y es ante quien se debía hacer el pedido. Sin embargo, en esta estrategia defensista, se olvida que ese argumento no es suficiente, pues en un

caso similar sometido a estudio de esta Sala (Medina Iker c/ ISSN s/ Acción de Amparo" 502.373/2014), entre otras cosas, para fundamentar la condena del I.S.S.N., se dijo: " ...La recurrente –ISSN- se limita a disconformarse, insistiendo en que ello es resorte del organismo provincial especializado en la educación a tal fin designado por ley, afirmando dogmáticamente que si aquel no lo cumple, es resorte exclusivo de la institución privada a la que concurre el menor, más no aborda en lo mínimo la ineludible obligación que el legislador le ha señalado a las obras sociales en relación a las personas con discapacidad, todo ello dentro del marco constitucional que también lo impone".

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de diciembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PETERS GABRIELA LORENA C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. Nº 70808/2015), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA NRO. 3 a esta Sala III integrada por el Dr. Marcelo Juan MEDORI y el Dr. Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia definitiva de fs. 72/78, con su aclaratoria de fs. 88, hace lugar a la acción de amparo interpuesta por la señora Gabriela L. Peters, condenando al Instituto de Seguridad Social del Neuquén, a que otorgue la cobertura del 100% de un acompañante terapéutico, que asista a su hija T., de lunes a viernes, cuatro horas por día en la escuela, durante el lapso que resta del ciclo escolar del corriente año y le impone las costas a la demandada en su carácter de vencida.

II.- La parte demandada interpone recurso de apelación a fs. 80/87 contra esa sentencia del 14 de septiembre de 2015, cuyo traslado fuera contestado por la contraria a fs. 91/95.

A su vez, a fs. 96/99 también apela la accionada el auto de fs. 88, que aclara el punto I de la sentencia, al expresar que se incurrió en un error al consignar que la cobertura del 100% es de un maestro integrador cuando lo que corresponde, de conformidad a lo pretendido y considerandos del resolutorio es el "acompañante terapéutico" –el remarcado es propio-; y vuelve a cuestionar la sentencia.-

II.- a) Agravios del I.S.S.N. contra la sentencia de primera instancia.

La recurrente se agravia en primer lugar, al considerar, que la a quo ha lesionado su derecho de defensa al omitir llamar los autos para sentencia tal lo exige la legislación aplicable, pues solo realiza un simple llamado de autos para resolver.

Agrega, que esto hizo que la magistrada prescindiera de abrir la causa a prueba sin fundamento alguno, cuando existen hechos controvertidos que deben ser pasibles de comprobación, lo cual implica un grave vicio de procedimiento.

Menciona, que la jueza al no proveer la prueba ofrecida por su parte, puntualmente la documental acompañada, los informes requeridos, en especial al Consejo Provincial de Educación, como así la impugnación de prueba realizada, no puede arribar a una sentencia debidamente fundada. Máxime cuando la cuestión ni siquiera fue declarada de puro derecho.

En segundo lugar, afirma que la a quo le ha dado la razón a su parte al interpretar que la niña requiere la cobertura de una maestra integradora, reconociendo que la actora ha peticionado un objeto que no responde a las necesidades reales de T., tal como se lo señalara al contestar la demanda.

Sostiene, que la confusión que ingresara la accionante al proceso fue luego reiterada por la jueza de grado, dado que la condena es a otorgar cobertura de un maestro integrador cuando en los considerandos manifiesta que la obra social debe ser obligada a brindar la cobertura o prestación del acompañante terapéutico.

Considera, que la magistrada viola su derecho de propiedad al ordenar cumplir una obligación de objeto indeterminado, tal como lo planteo la contraria en su demanda, sin individualizar quien prestará dichos servicios, costos, etc.

Interpreta, que un fallo de estas características, le otorga a la amparista la posibilidad de presentar un presupuesto de maestro integrador de valores exorbitantes, dejando de lado las facultades de auditoría y control que detenta su parte, cuando esta práctica es una cobertura fuera del nomenclador de la obra social.

Aduce, que el ISSN no ha violado con ninguna de sus acciones las disposiciones legales referidas en materia de discapacidad, obrando siempre conforme a derecho, ni ha cercenado derecho alguno a la salud de sus afiliados, por lo que corresponde revocar la sentencia de primera instancia, ordenar la apertura a prueba y rechazar la acción interpuesta, con costas a la actora.

Hace reserva del caso federal.

II.- b) Ampliación de agravios del I.S.S.N. contra la sentencia de primera instancia y cuestionamiento a la providencia de fs. 88.

Expresa, que se viola su derecho de defensa, al acoger el recurso de aclaratoria planteado por la actora, sin fundamentar su decisión, modificando el fallo y al otorgar la cobertura de "acompañante terapéutico".

Dice, que el error material en que ha incurrido la accionante ha sido demostrado por su mandante al contestar demanda, dejando en claro que la niña requiere la asistencia de un maestro integrador y no un acompañante terapéutico. Y que a mayor abundamiento la Defensora del Niño se ha expedido a favor de la cobertura de un maestro integrador.

Repite expresiones del recurso anterior, tales como: falta de apertura a prueba de la causa, y que no fue declarada la cuestión de puro derecho.

En segundo lugar, refiere que su parte rechazó en sede administrativa la petición de la demandante dado que se trata de una prestación –maestro integrador- que otorga el Consejo Provincial de Educación.

Reitera, como en el recurso anterior, que se viola su derecho de propiedad al ordenarle que cumpla una obligación de objeto indeterminado, tal como lo planteó la contraria en su demanda, sin individualizar quien prestará dichos servicios, costos, etc. Y que, un fallo de estas características, le otorga a la amparista la posibilidad de presentar un presupuesto de maestro integrador de valores exorbitantes, dejando de lado las facultades de auditoría y control que detenta su parte, cuando esta práctica es una cobertura fuera del nomenclador de la obra social.

Hacer reserva del caso federal.

En primer lugar debo decir que por medio del recurso formulado contra la sentencia de fs. 72/78 la demandada ataca el auto de fs. 71 cuando se encontraba firme y consentido. Así, entiendo que porque le resulta adverso el pronunciamiento, intenta en forma extemporánea atacar cuestiones de procedimiento.

III.- Ingresando al análisis de la cuestión traída a estudio, debo decir que la crítica referida a la omisión de la magistrada de hacer el llamado de "Autos para Sentencia" cuando sólo realiza "un simple llamado de autos para resolver"; así como también, el cuestionamiento referido a que no se abrió la causa a prueba, es solo aparente y genérica, no advirtiendo cual es el agravio puntual que le provoca a la demandada, ya que solo se limita a decir que, la falta del llamado de autos derivó en que prescindiera la a quo de abrir la causa a prueba.

Al respecto, debo decir que no comparto este argumento del recurrente, pues en virtud del art. 13 de la Ley Provincial de Amparo -1.981-, el tribunal analiza la prueba ofrecida, desechando, sin apelación alguna, la que no se ajusta a lo prescripto en la ley y la que considere innecesaria, superflua o no pertinente.

Vale decir, que el juez proveerá el material probatorio que resulte admisible y conducente, y ello, es sin mengua al derecho de defensa que le asiste a ambas partes.

Es en base a lo expuesto, advierto que la prueba informativa al Consejo Provincial de Educación –tan reclamada por la demandada- pretendía demostrar que la niña requería un acompañamiento escolar de una maestra integradora, y no un acompañante terapéutico, lo cual a los fines de la resolución del caso concreto, resulta ser una prueba más encaminada a dilatar el proceso que significativa para arribar a la verdad jurídica objetiva.

Consecuentemente, advierto que la prueba de la que intenta valerse la Obra Social es para intentar eludir la responsabilidad que le cabe en el asunto, al sostener cuando presenta su informe (ver fs. 41 vta.) que la figura aquí comprometida –maestra integradora- se encuentra comprendida en la órbita del Consejo Provincial de Educación de Neuquén, quién debe brindar la prestación y es ante quien se debía hacer el pedido.

Sin embargo, en esta estrategia defensista, se olvida que ese argumento no es suficiente, pues en un caso similar sometido a estudio de esta Sala (Medina Iker c/ ISSN s/ Acción de Amparo" 502.373/2014), entre otras cosas, para fundamentar la condena del I.S.S.N., se dijo: " ...La recurrente –ISSN- se limita a disconformarse, insistiendo en que ello es resorte del organismo provincial especializado en la educación a tal fin designado por ley, afirmando dogmáticamente que si aquel no lo cumple, es resorte exclusivo de la institución privada a la que concurre el menor, más no aborda en lo mínimo la ineludible obligación que el legislador le ha señalado a las obras sociales en relación a las personas con discapacidad, todo ello dentro del marco constitucional que también lo impone".

"En el régimen local, también la ley 2644 (B.O. 26/06/2009 reglamentada por Decreto Nro. 0726/12 del 26 de abril de 2012) regula el marco normativo de asistencia y protección a las personas discapacitadas –que se integra a la ley 1634- no pudiendo la demandada desconocer que conforme el art. 2° inc. d) es efector de las prestaciones que corresponden a dicho sistema, al igual que otros ministerios y organismos, debiendo cada uno emitir la reglamentación técnica en relación a las competencias a su cargo (art. 3ro.), y en su caso requerir a través de la autoridad de aplicación "las prestaciones que debiendo otorgarse a sus afiliados, se encontraren previstas dentro del ámbito de competencias de los diferentes Ministerios y Organismos provinciales, debiendo en cada caso, celebrar convenios particulares con éstos últimos que contemplen las prestaciones específicas y las regulen en todos sus aspectos" (art. 4to. del Decreto)".

Por tanto, al cotejar los fundamentos del recurrente, que ni siquiera es lo peticionado por la demandante, ya que en todo momento descalifica la opción profesional que ésta reclama, advierto entonces que la crítica es sólo genérica y aparente, al consistir en una mera disconformidad con el razonamiento de la jueza de grado, quien resuelve el caso de conformidad con los elementos aportados, y luego de interpretar y armonizar la normativa citada por las partes –Ley Nacional N° 24901 y Provincial N° 1634-. Y en definitiva, no ataca el argumento central de la sentencia de primera instancia, que se tuvo en cuenta para admitir el amparo, como es, el interés superior de la niña y que la prestación requerida tiene como finalidad la inserción de T. en la vida escolar, que redundará en su mejor calidad de vida, lo cual forma parte de la cobertura integral prevista por la ley de discapacidad, por lo tanto, el recurso deberá ser declarado desierto en este punto, haciéndose efectivo el apercibimiento del art. 266 del Código Procesal.

El segundo agravio, vinculado a que la jueza le ha dado la razón al interpretar que la niña requiere la cobertura de una maestra integradora, deviene abstracto en atención a la aclaratoria fs. 88, que justamente esclarece este punto de la sentencia, al expresar que "incurrió en un error al consignar que la cobertura del 100% es de un maestro integrador cuando lo que corresponde, de conformidad a lo pretendido y considerandos del resolutorio es el "acompañante terapéutico".

Por otra parte, es cierto, tal como lo plantea el recurrente, que el fallo contiene cierta indefinición en cuanto ordena al I.S.S.N., a que otorgue la cobertura del 100% de un acompañante terapéutico para que asista a T., de lunes a viernes, cuatro horas por día, en la escuela, durante el lapso que resta del ciclo escolar del corriente año.

En ese orden, encuentro razonable completar el dispositivo, en cuanto a que sea la demandante quien contrate directamente y según la modalidad que estime corresponder, a la persona que considere adecuada para cumplir la labor de asistente terapéutico para su hija, debiendo rendir cuentas documentadas a ese respecto a la obra social y bajo declaración jurada. En tal sentido, estimo justo el importe de hasta $5.000, en concepto de la prestación solicitada, y arribo a esta conclusión, de conformidad con lo previsto por el art. 165 del

Ritual; posibilitando de este modo dar cumplimiento a las facultades de auditoría y control de la accionada.

A su vez, si bien es cierto que las prestaciones pueden y deben estar sujetas a reglamentaciones, de modo de asegurar la equivalencia y la integralidad del servicio para los afiliados, pero ellas y sobre todo su aplicación, no pueden olvidar que la actividad de la obra social tiende a proteger las garantías constitucionales a la vida, a la salud, a la integridad de la persona y al interés superior del niño, por lo que también adquieren un compromiso social con sus afiliados.

Ahora bien, en relación al otro recurso de apelación impetrado a fs. 96/99 -Ampliación de agravios contra la sentencia de primera instancia y cuestionamiento a la providencia de fs. 88-.

En cuanto a la aclaratoria, criticada por el recurrente al considerar que viola su derecho de defensa, al acoger el recurso de la amparista sin fundamentar la decisión, interpreto que no le causa agravio, pues la a quo se limitó aclarar el punto I de la sentencia, al expresar que se incurrió en un error al consignar que la cobertura del 100% es de un maestro integrador cuando lo que correspondía, de conformidad a lo pretendido y a los considerandos del resolutorio es el "acompañante terapéutico" (ver fs. 88).

Así entonces, observo que la magistrada a lo largo de los considerandos viene hablando de "acompañante terapéutico" y al resolver se equivoca y menciona que hace lugar a la cobertura de un "maestro integrador". En definitiva, se trató de una mera equivocación y no estamos de ninguna manera frente a un error in iudicando o de una falla en el razonamiento del juez, ni en la fijación de los hechos o en la aplicación del derecho, sino ante un simple error, debido a que el sentido de la resolución apuntaba necesariamente a una conclusión y resultó otra, por lo que fue correctamente enmendado al resultar evidente.

En definitiva, debo concluir en la inobservancia de los requisitos que contempla el art. 265 del Código Procesal, cuando establece expresamente que:

"El escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. No bastará remitirse a presentaciones anteriores...".

El recurso efectivamente no reúne los mínimos requisitos del art. 265 del ritual, habiéndose sostenido reiteradamente que la expresión de agravios es una pieza clave que debe bastarse a sí misma, evidenciando ante el superior, errores de juzgamiento, más allá de traducir la mera disconformidad con lo resuelto por el juez de grado, y, en su caso, fundamentar la oposición, dar las bases jurídicas y técnicas que descalifiquen la decisión. De esta manera, los supuestos agravios se sintetizan en un reproche ineficiente, sin motivaciones que ingresen a un análisis integral y franco de los presupuestos jurídicos y fácticos en que se apoyara el resolutivo.

Como se advierte, lo indicado más arriba, resulta incumplido en este nuevo escrito de apelación, en donde el recurrente argumenta de manera insuficiente y genérica, y no logra rebatir el fundamento de la jueza de grado, ni la incorrección de su razonamiento al aclarar la sentencia.

En definitiva las apelaciones deberán ser rechazadas, con costas a la parte recurrente vencida.

Así lo voto.

El Dr. Marcelo J. Medori dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede adhiero al mismo, expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Rechazar los recursos articulados a fs. 80 y 96 por la demandada.

2.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"E. M. I. S/ SITUACION LEY 2212" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 68680/2015) – Interlocutoria: 469/15 – Fecha: 12/11/2015

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

VIOLENCIA FAMILIAR. EXCLUSION DEL HOGAR. PROHIBICION DE ACERCAMIENTO. VIOLENCIA FISICA Y VERBAL.

Cabe confirmar la resolución que dispone preventivamente la exclusión del hogar del Sr. J. J. M. y la prohibición de acercamiento a menos de 300 metros de esa vivienda, lugar de trabajo y de la persona de la denunciante. Ello es así, pues, en relación a los hechos de violencia suscitados -física y verbal-, el demandado brindó una explicación, a nuestro entender, carente de motivación y de sustento como para descartarla con motivo de la convivencia que hasta la medida de exclusión venían ejerciendo las partes. Por otra parte, de su relato se evidencia una cierta resistencia a modificar la situación actual que vienen atravesando con la señora E., al manifestar su oposición a que se venda la casa, para buscar una solución habitacional que satisfaga a ambos. Asimismo, de su relato se extrae que cuenta con posibilidades de habitar una vivienda y no estar en situación de calle, hasta tanto se resuelva el tema de la vivienda que comparte junto a la denunciante.

Texto completo:

NEUQUEN, 12 de Noviembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "E. M. I. S/ SITUACION LEY 2212" (EXP Nº 68680/2015) venidos en apelación del JUZGADO de FAMILIA N° 1 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ, y

CONSIDERANDO:

I.- Contra la resolución de fs. 48/50, que dispone preventivamente la exclusión del hogar del Sr. J. J. M. y la prohibición de acercamiento a menos de 300 metros de esa vivienda, lugar de trabajo y de la persona de la denunciante, el denunciado interpone recurso de apelación a fs. 55/62.

II.- En su memorial, expone que la resolución cuestionada vulnera el derecho de defensa, el principio de igualdad y las claras prescripciones del Código de Procedimientos.

Se remite a lo manifestado por su parte en el expediente de divorcio y expresa que también le genera violencia y gravamen irreparable que no se haya tenido en cuenta lo expuesto por el señor M. en la audiencia celebrada el 12/03/15, en donde manifestó que la Sra. E., en función de los hechos relatados, fue quién se agredió a sí misma.

Refiere que, el a quo no ha merituado lo solicitado por su parte en el expediente de divorcio, respecto a que se imprimiera celeridad al dictado de la sentencia para solucionar el tema habitacional, ya que la Sra. E. está buscando con varias denuncias falsas, excluirlo de la vivienda.

De allí que se agravia por haber sido excluido de la vivienda por considerar que consume alcohol y que no busca soluciones para destrabar el conflicto.

Aduce que, en varias oportunidades dejó sentado que no tiene trabajo, ni ingresos y que tanto el Juez como su cónyuge debieron tomar medidas para que se cure y no dejarlo en la calle con el riesgo que ello conlleva.

Sostiene que, del informe del asistente social, queda claro que a la señora le molesta es que no limpie la casa, cuando la realidad es que, si se hubiese efectuado el informe en el domicilio se sabría que solo ocupa su habitación y no deambula por la casa.

En definitiva, considera que solo se han tenido en cuenta las palabras de la Sra. E., y no las suyas.

A fs. 62/64 vta., la contraria contesta el traslado del recurso, solicitando su rechazo con costas.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, diremos que las criticas del apelante resultan insuficientes para revocar la resolución en crisis, pues en la causa existen elementos probatorios que ameritan propiciar su confirmación.

Así entonces, del informe emitido por el equipo interdisciplinario que luce a fs. 7/9 surge que: "La sra. E. refiere ser víctima de agresiones físicas y verbales por parte de su esposo, con quien convive; el último episodio de maltrato físico ocurrió el pasado domingo 01 de Febrero, siendo visibles las marcas de los golpes en el cuerpo de la denunciante. Como factor de riesgo asociado se destaca la ingesta etílica excesiva de M.. Por lo expuesto en el informe se infiere riesgo en la convivencia de las partes".

Del mismo se desprende que existen hechos de violencia entre las partes y como consecuencia de ello, riesgo en la convivencia entre los señores M. y E..

Asimismo, surge que el Sr. M. contaría con red familiar extensa con posibilidad de albergarlo.

A fs. 10/12 obra informe efectuado por la Lic. Analía R. Alonso, Psicóloga integrante del equipo interdisciplinario, en donde expresa: "...La entrevistada se presenta como una persona con capacidad de escucha y reflexión, cuenta con contención y acompañamiento de sus hijos. Evidencia haber agotado las instancias previas a esta decisión. Su actitud es conciliadora, evidenciándose -por lo mismo- que la demanda presente responde a una situación de desborde que vuelve riesgosa la cotidianeidad. Evidencia disposición a establecer acuerdos y dividir los bienes, en función de superar la problemática. Asimismo registra que- hasta tanto logren ejecutar la división referida- es imposible sostener la convivencia. Del relato de la entrevistada se desprende la pertinencia de poner un corte concreto y definitivo a la misma, sugiriéndose la indicación de lo mismo, en audiencia" (el subrayado me pertenece).

En el referido documentos se vuelve a reiterar un factor que resulta clave para mantener la exclusión del hogar del Sr. M., que fuera dispuesta en la instancia de grado, cual es el "riesgo en la convivencia", por lo que es de suma importancia continuar con la medida, sin perjuicio de lo que se resuelva en el juicio de divorcio sobre la división de bienes.

El acta de denuncia obrante a fs. 13/14 es fiel reflejo del riesgo existente en la convivencia que venían manteniendo el Sr. M. y la Sra. A., en donde se evidencian actos de violencia, tanto de índole verbal como física.

En la audiencia llevada a cabo a fs. 15 y vta., la Sra. M. I. E. expresó: "...previo al inicio de los presentes, desde la oficina de admisión se había citado al denunciado para procurar que cambie en su actitud pero no asistió. Que ante la situación de violencia física ella da inicio a la presente, de la cual sabe esta notificado, pero aún así la situación de convivencia es insostenible. Que la molestia es de todo orden, ya sea ante el descontrol de la casa, las agresiones verbales y también las físicas. Relata que ella no puede sostener más esto, que no sabe a que pueden llegar...Refiere que necesita un poco de tranquilidad para pensar. Que están los trámites encaminados a fin de concretar divorcio y división de bienes... Que su esposo nunca ha realizado tratamiento por adicciones, que el consumo es detonante en las peleas, lo que se suma a la convivencia bajo el mismo techo y la permanencia de él en la casa...".

Esta manifestación demuestra junto a los informes anteriores, cierto grado de malestar por parte de la actora, que se traduce en los problemas existentes en la convivencia mantenida con el Sr. M., a consecuencia del consumo de alcohol, situación ésta que amerita tomar recaudos de índole preventiva, en el caso exclusión del hogar, a fin de evitar un perjuicio mayor.

A fs. 24/25 obra declaración del Sr. J. J. M., quien dijo: "...Explica que ese día la señora se metió por la ventana a su parte de la casa, intentando sacarle una olla, y cuando él la sorprendió, la señora se asustó y al intentar saltar por la ventana a las apuradas, se cayó y golpeó. Que no es cierto que la haya golpeado, si reconoce haber discutido fuertemente con ella...él se opone a vender la casa, porque le costó mucho hacerla y porque si la venden, la señora se va a llevar la mitad del dinero, lo va a gastar por ahí, y quedará seguramente al desamparo...Señala que su madre tiene una casita, pero que es una pocilga y él no tiene porque estar molestando a su madre, ni a su familia, ya que tiene su casa a donde vivir...".

En relación a los hechos de violencia suscitados, el demandado brindó una explicación, a nuestro entender, carente de motivación y de sustento como para descartarla con motivo de la convivencia que hasta la medida de exclusión venían ejerciendo las partes. Por otra parte, de su relato se evidencia una cierta resistencia a modificar la situación actual que vienen atravesando con la señora E., al manifestar su oposición a que se venda la casa, para buscar una solución habitacional que satisfaga a ambos.

Asimismo, de su relato se extrae que cuenta con posibilidades de habitar una vivienda y no estar en situación de calle, hasta tanto se resuelva el tema de la vivienda que comparte junto a la denunciante.

De la entrevista psicológica -fs. 32/33-, llevada a cabo al señor M. por la Licenciada Analía Alonso, se desprende: "...el Sr. M. se presenta como una persona distante, mostrando –en primera instancia- cierta indiferencia en relación a la conflictiva...Se posiciona como víctima, refiriendo que "le quieren hacer daño" y que sus hijos "están del lado de la madre". Mantiene un posicionamiento infantil, cristalizándose la frustración se sentirse rechazado.

Tal posicionamiento resulta rígido, respondiendo con enojo cuando se lo insta a conmover su situación...De la entrevista mantenida con el Sr. M. se extraen conclusiones acordes a las vertidas por la misma especialista en el informe psicológico de fs. 11/12. Ambos implicados acuerdan en que la separación es un hecho concreto e irreversible, solo resta resolver la cuestión de la vivienda que –hoy por hoy- vuelve la cotidianeidad sumamente complicada para ambos...".

Del mentado informe, como así de los anteriores a los que hemos hecho referencia párrafos más arriba, se desprende que existe una situación conflictiva entre las partes producto de las desavenencias que se fueron gestando durante la convivencia bajo el mismo techo, aunque en lugares separados, y en la indiferencia y falta de resolución de la conflictiva habitacional mencionada en los informes individualizados anteriormente.

Asimismo, teniendo en cuenta los hechos puntuales de violencia física y verbal, que como consecuencia de lo señalado en el párrafo anterior, se evidenciaron en los informes, como en las denuncias efectuadas por la Sra. M. I. E., consideramos que la mejor solución por el momento es la dispuesta en la resolución de fs. 48/50, por lo que se confirmará en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.

Por lo expuesto, esta Sala II

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución de fs. 48/50, en todo lo que ha sido motivo de recuso y agravios.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"GODOY VALERIA DEL CARMEN Y OTRO C/ VARGAS JALDIN RICARDO Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOMOTOR CON LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 504446/2014) – Interlocutoria: 470/15 – Fecha: 12/11/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del juicio.

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. BENEFICIO PROVISIONAL. ALCANCE. EDICTOS.

Corresponde revocar el proveído que establece que para que el Tribunal Superior de Justicia, solvente los gastos de publicación de edictos, el requirente debe tener concedido el beneficio de litigar sin gastos –lo había iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda-. Ello es así, pues, el beneficio de litigar sin gastos constituye una franquicia que se concede a ciertos litigantes de actuar sin obligación de hacer frente a las erogaciones que demanda un pleito, tendiente a asegurar la igualdad de los litigantes y el cumplimiento de la garantía constitucional de la defensa en juicio. Así, el objeto del trámite que nos ocupa es el de poder cumplir con la notificación por edictos a fin de continuar con la tramitación del proceso principal y del beneficio, como así obtener la eximición total o parcial en el pago de los gastos de justicia que genere el proceso principal.

Texto completo:

NEUQUEN, 12 de Noviembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "GODOY VALERIA DEL CARMEN Y OTRO C/ VARGAS JALDIN RICARDO Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOMOTOR CON LESION O MUERTE" (Expte. Nº 504446/2014) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA CIVIL N 6 a esta Sala III integrada por el Dr. Marcelo Juan MEDORI y el Dr. Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

Vienen los presentes a estudio del Cuerpo en mérito al recurso interpuesto por la actora a fs. 100 y vta. contra el auto de fs. 99 que establece que para que el Tribunal Superior de Justicia, solvente los gastos de publicación de edictos, el requirente debe tener concedido el beneficio de litigar sin gastos.

El apelante expresa que su parte solicitó que los gastos de publicación de edictos, a los efectos de dar traslado de la demanda a los accionados, sean asumidos por el Tribunal Superior de Justicia, en virtud de no contar con los recursos para concretar la misma.

Asimismo, sostiene que no es posible realizar los trámites correspondientes al beneficio de litigar sin gastos, si previamente no se notifica a los accionados a través de la publicación de edictos.

II.- Analizando la cuestión, adelantamos que el recurso ha de prosperar.

En efecto: conforme certificación actuarial obrante a fs. 8, el peticionante con anterioridad a la interposición de la demanda y al traslado de la misma, ha iniciado beneficio de litigar sin gastos.

Por lo tanto, desde el momento de su petición y hasta la concesión del beneficio, la actora cuenta con la franquicia provisoria. Ello nos lleva al convencimiento de que la a quo yerra en su razonamiento de fs. 99.

El art. 83 del C.P.C.y C. dice: "Beneficio provisional; hasta que se dicte resolución la solicitud y presentaciones de ambas partes estarán exentas del pago de impuestos y sellado de actuación. Estos serán satisfechos, así como las costas, en caso de denegación".

El beneficio de litigar sin gastos constituye una franquicia que se concede a ciertos litigantes de actuar sin obligación de hacer frente a las erogaciones que demanda un pleito, tendiente a asegurar la igualdad de los litigantes y el cumplimiento de la garantía constitucional de la defensa en juicio. Así, el objeto del trámite que nos ocupa es el de

poder cumplir con la notificación por edictos a fin de continuar con la tramitación del proceso principal y del beneficio, como así obtener la eximición total o parcial en el pago de los gastos de justicia que genere el proceso principal.

Se ha dicho al respecto:

"..resulta razonable que durante el lapso de vigencia del beneficio provisorio, la acción del peticionante no pueda ser enervada por la necesidad de afrontar costas de cualquier tipo, por resultar congruente con la teleología del instituto del beneficio de litigar sin gastos" (PI TII F°353/355 2008 SALA I) el resaltado es propio.

También:

"El beneficio de litigar sin gastos, en tanto permite al litigante beneficiado no pagar la tasa de justicia ni las costas que le puedan corresponder, ilustra sobre su excepcionalidad y la prudencia que debe observarse en su concesión, pues ésta provoca la desaparición del riesgo de pagar la deuda que pueda surgir en concepto de honorarios y gastos generales del proceso en caso de rechazo de la demanda (confr. en este sentido, Anaya J., "Sobre el abuso de litigar sin gastos", ED., 132-140)." Autos: FALLARDI DE PESTALOZZA IDA ERNESTINA C/ YPF SA S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. CAUSA N° 17.825/96. Magistrados: AMADEO - BULYGIN - 03/12/1998) el resaltado nos pertenece.

Por lo expuesto, tal como se adelantara, se ha de revocar el auto de fs. 99, en lo que ha sido materia de recurso y agravios, correspondiendo que en la instancia de origen se de curso a la petición de fs. 90. Sin costas de Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el juzgado.

Por ello, esta SALA III

RESUELVE:

1.- Revocar la providencia de fs. 99, debiendo en la instancia de grado dar curso a la petición de fs. 90.

2.- Sin costas de Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el juzgado.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"SMITH ERICA DANIELA C/ COOPERATIVA DE TRABAJO SUR. COS LTDA Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACIÓN O CONSIGNACIÓN ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES S/ INDEMNIZACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 502613/2014) – Sentencia: 189/15 – Fecha: 22/12/2015

DERECHO LABORAL: Despido.

INDEMNIZACION POR DESPIDO. DETERMINACION DE LA REMUNERACION. SALARIO DEVENGADO. CERTIFICADO DE TRABAJO. INTIMACION. PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO.

1.- [...] al conjugar ambas normas –Arts. 103 y 245 de la LCT-, y en el caso que la remuneración devengada no guarde correlación con la efectivamente percibida por el trabajador, a los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad deberá prevalece la devengada por sobre la percibida. Ello es así, en función de que una solución contraria pondría en manos del empleador la posibilidad de reducir –mediante el pago de un salario menor que el estipulado en el convenio- la

indemnización por antigüedad, situación ésta que no puede ser amparada por la justicia. De allí, que resulta ajustado a derecho tomar el salario que corresponde "devengar" conforme el encuadre de la actividad, por sobre el que efectivamente haya percibido la reclamante, cuando éste último es menor que aquel.

2.- Corresponde confirmar la sentencia de primera instancia en lo concerniente al rechazo de la indemnización del Art. 80 LCT, pues si bien la trabajadora intimó a su empleadora a la entrega de los certificados de trabajo con posterioridad al despido, al requerimiento lo cursó antes de cumplirse el plazo de 30 días –establecido en el Decreto Nº 146/01, de Reglamentación del artículo 45 de la Ley Nº 25.345, que agrega el último párrafo al artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo- de extinguido el contrato de trabajo.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de Diciembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SMITH ERICA DANIELA CONTRA COOPERATIVA DE TRABAJO SUR. COS LTDA Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACIÓN O CONSIGNACIÓN ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES S/ INDEMNIZACION", (Expte. Nº 502613/2014), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 1 a esta Sala III integrada por el Dr. Marcelo Juan MEDORI y el Dr. Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia de primera instancia fs. 69/72 hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a Cooperativa de Trabajo Sur.Cos Ltda. y a la Clínica Pasteur a abonar a la actora la suma de $ 31.099,72, con más los intereses a tasa activa del Banco Provincia del Neuquén SA desde la mora hasta el efectivo pago y le impuso las costas a las accionadas vencidas.

Ese decisorio es apelado a fs. 75/80 vta. por la parte actora, cuyo traslado fue contestado por la contraria a fs. 87/91, solicitando su rechazo con costas.

II.- En sus agravios expresa que existe una errónea determinación de la remuneración normal y habitual de la trabajadora.

Afirma, que la sentencia reconoce el fraude laboral al considerar que la actividad de su mandante no es la de socia de la cooperativa, pero a pesar de ello da por cierto que la mejor remuneración normal y habitual es de $4.910,25.

Sostiene, que en la demanda se especificó que el vínculo laboral era dentro del Convenio FATSA 122/75; que la categoría aplicable surgía del art. 6 inc. 11, y que el salario básico por Convenio hasta diciembre de 2013, era de: $5.108,60.

Y conforme a ello, entiende que la determinación de la remuneración normal y habitual no se encuentra debidamente determinada en la sentencia.

Idéntica consideración efectúa con relación al rubro preaviso.

Asimismo, cuestiona que no se hayan adecuado las horas extras teniendo en cuenta la mejor remuneración normal y habitual que señaló anteriormente.

En relación a las horas extras, menciona que no se devengaron con criterio racional pues ellas no pueden liquidarse sobre la base de parámetros que nacieron de un hecho ilícito.

Critica, que la sentencia de primera instancia haya rechazado la aplicación de la multa del art. 80 LCT. Señala, que la presente demanda sirve de intimación para la entrega de los certificados ya que en el objeto de la demanda claramente se solicita que se proceda a la entrega de certificados de trabajo y de remuneraciones y servicios bajo apercibimiento de astreintes a favor de su parte.

Manifiesta, que la presunción del art. 30 de la ley 921, el principio de la norma más favorable para el trabajador del art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo, los convenios de la OIT, aplicables al presente, constituyen los caminos por los que tiene que transitar la sentencia a los fines de reconocer la multa.

En lo que respecta a la multa de los arts. 8 y 15 de la Ley 24.013, expone, que al haber solicitado la modificación de la mejor remuneración, normal y habitual, se debe readecuar la liquidación correspondiente.

En cuanto al art. 15, dice que la correcta liquidación debe incluir la indemnización sustitutiva de preaviso, la antigüedad y la integración del mes de despido ya que se duplican las indemnizaciones.

Entiende, que debe readecuarse la liquidación de las multas de los arts. 8 y 15, tomando la mejor remuneración normal, habitual, real, que le corresponde por convenio.

Interpreta, que la sentencia ha aplicado erróneamente la ley, en tal sentido efectúa ciertas consideraciones en relación a lo dispuesto en los arts. 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y lo dispuesto por el art. 30 de la Ley 921.

Por último, en cuanto a la regulación de honorarios, afirma, que la demanda fue promovida por el abogado ..., en carácter de patrocinante, por lo que se deben regular los honorarios por su actividad profesional, teniendo en cuenta para ello el capital más los intereses.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, en relación al primero de los agravios debo decir que el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo establece que: "en los casos de despido dispuestos por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de 3 meses, tomando como base la mejor remuneración, mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación del servicio si éste fuera menor...".

De la norma mencionada surge que lo importante para el cálculo de la indemnización por antigüedad no es la mejor remuneración "percibida", sino la mejor remuneración "devengada", vale decir, la que corresponde al dependiente según su categoría y antigüedad, aunque ésta no haya sido percibida.

A su vez, el referido artículo 245 se complementa con el art. 103 de la LCT, que reza: "A los fines de esta ley, se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Dicha remuneración no podrá ser inferior al salario mínimo vital...".

Así entonces, al conjugar ambas normas, y en el caso que la remuneración devengada no guarde correlación con la efectivamente percibida por el trabajador, a los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad deberá prevalece la devengada por sobre la percibida.

Ello es así, en función de que una solución contraria pondría en manos del empleador la posibilidad de reducir –mediante el pago de un salario menor que el estipulado en el convenio- la indemnización por antigüedad, situación ésta que no puede ser amparada por la justicia. De allí, que resulta ajustado a derecho tomar el salario que corresponde "devengar" conforme el encuadre de la actividad, por sobre el que efectivamente haya percibido la reclamante, cuando éste último es menor que aquel.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que en autos ha quedado firme que entre la actora y la demandada existe una relación de trabajo -conforme lo expone- y no un vínculo cooperativo, es que corresponde tener por cierta la categoría laboral invocada en la demanda: Mucamas de cirugía o que no tengan atingencia con atención de enfermos" (Convenio FATSA N° 122/75, art. 6, inc. 11), como así el salario básico que allí se menciona en función de dicho convenio (hasta diciembre de 2013 era de: $5.108,60 y diciembre $5.597,25).

Y, teniendo en cuenta los parámetros expuestos, con la salvedad que se expondrá en relación al rubro "indemnización art. 80 LCT", se hará lugar a las indemnizaciones, conforme rubros e importes señalados en el punto VI.B) de la planilla de liquidación practicada en la demanda.

Así, resulta procedente elevar el importe correspondiente a indemnización por antigüedad a la suma de $5.515,04; preaviso: $5.515,04; SAC s/ preaviso: $459,40; integración mes de despido: $4.763,80; vacaciones proporcionales: $1.832,20; SAC no abonado: $4.595,85.

En cuanto a las horas extras, voy a tener en cuenta los parámetros fijados en la sentencia de grado en cuanto a la carga horaria que en exceso cumplió la actora (144 horas), pero readecuando el monto de las mismas a un salario de $5.108,60, arroja como resultado una cifra de $3.678 ($25,54 x 144 horas).

Finalmente, en relación a la multa del art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, debo afirmar liminarmente, que el art. 45 de la Ley 25.345 agrega un último párrafo al art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, mediante el cual, la inobservancia del deber de entregar al trabajador constancia documentada del pago de las contribuciones y aportes debidos como obligado directo y de los certificados de servicios, remuneraciones y de trabajo, se sanciona con una indemnización equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o en el tiempo de prestación del servicio, si éste fuera menor.

Para la procedencia de la indemnización del art. 80 LCT, el trabajador tiene que haber intimado de manera fehaciente a su empleador a la entrega de dichos certificados.

Ahora bien, el Decreto Nº 146/01, reglamentario de la Ley, fija un plazo perentorio dentro del cual el empleador -una vez producida la disolución del vínculo- debe entregar al trabajador los certificados respectivos, dicha carga debe cumplirse dentro del plazo de 30 días corridos de extinguido el vínculo laboral, vencido el cual, si la obligación se mantuviese incumplida, el dependiente se encuentra habilitado para intimar su cumplimiento dentro del plazo de dos días hábiles a partir de dicha comunicación.

En ese orden, esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en un caso similar (PS-2006 T° II-F°407/410) al decir: "En consecuencia la intimación fehaciente a que hace referencia tanto la norma originaria como su reglamentación sólo puede surtir efectos (el inicio del cómputo de dos días y el posterior derecho a una indemnización) una vez transcurrido el plazo de treinta días acordados al empleador para cumplir con la exigencia legal, plazo éste último que constituye -desde el momento de la extinción- una oportunidad para que el empleador infractor regularice su situación administrativa".

Así pues, la indemnización es debida al trabajador, si éste intimó de manera fehaciente a su empleador, a la entrega de los correspondientes certificados, luego de transcurridos los 30 días contados desde la disolución del vínculo, y no cumple dentro de los dos días hábiles subsiguientes al requerimiento.

De las constancias de autos surge que la accionante fue despedida el 5/12/2013 e intimó a COOPERATIVA DE TRABAJO SUR.COS. LIMITADA el 9 de diciembre de 2013, a la entrega de los certificados de trabajo, servicios y remuneraciones, bajo apercibimiento de iniciar acciones legales.

Dicha intimación, -tal como se advierte en la sentencia- si bien se efectuó con posterioridad al despido, se cursó antes de cumplirse el plazo de 30 días, al que hiciera referencia párrafos más arriba, por lo tanto, en función de éste incumplimiento legal, corresponde confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto al rechazo de la indemnización del Art. 80 LCT.

En efecto, a mi criterio dicho requisito no puede ser suplido –como pretende la apelante- con la interposición de la demanda.

Según la jurisprudencia que comparto, se ha dicho: "El art. 80 LCT establece, como requisito ineludible, para la procedencia de la sanción por falta de entrega de certificado de trabajo, un requerimiento previo y fehaciente que en forma alguna puede tenerse por cumplido con la demanda, ya que lo que se persigue es que la interpelación sea "previa al reclamo administrativo o judicial" (Cámara Nacional de Apelaciones Laboral, Sala VI, 10/03/04, "Osper, Ana V. c/ Lens Express S.A. y otro).

En definitiva, propondré el rechazo de la multa del art. 80 de la LCT.-

Ello, sin perjuicio que, en atención a la omisión incurrida en la instancia de grado, se deberá proceder a intimar judicialmente a la demanda para que en el plazo de diez días de notificada haga entrega a la actora de los certificados de trabajo y servicios, en los términos del art. 80 de la LCT, bajo apercibimiento de fijar astreintes por cada día de retardo, cuya cuantía se determinará, en caso de corresponder, en esa instancia.

Con respecto a las multas dispuestas por el art. 8 y 15 de la Ley 24.013, por los mismos fundamentos empleados al establecer la mejor remuneración para el cálculo de la indemnización por antigüedad (art. 245 LCT), es que habrán de

adecuarse dichas multas, tomándose a tal fin la liquidación practicada por la actora a fs. 31 y vta., la que arroja una suma de: $5.515,04 (art. 8 Ley 24013) y de $15.793,80 (art. 15 Ley 24013).

En cuanto a las consideraciones volcadas por el Dr. ... respecto de los honorarios, al asistirle razón a dicho profesional, corresponde la redistribución de los honorarios regulados en primera instancia, teniéndose en cuenta para ello la actuación del Dr. ..., quién actuó como patrocinante del apoderado de la actora.

Asimismo, a los fines de la regulación de honorarios, conforme art. 20 Ley 1594 y antecedentes de esta Sala, se deberá tomar como base el capital con más sus respectivos intereses.

IV.- Por todo lo expuesto, se hará lugar parcialmente a los agravios de la parte actora, y en consecuencia, se elevará el monto de condena a la suma de $47.668 en concepto de capital, con más los intereses fijados en la instancia de grado, con costas de Alzada a cargo de la demandada vencida (art. 17 de la ley 921 y 68 del CPCyC).

Asimismo, se deberá proceder en la instancia de grado a intimar a la Cooperativa de Trabajo SUR.COS LTDA. a confeccionar dentro del plazo de diez días de notificada, los correspondientes certificados de servicios y remuneraciones, en los términos del art. 80 LCT, bajo apercibimiento de las astreintes que se fijen en la instancia de grado.

A su vez, los honorarios de primera instancia, se deberán readecuar y serán regulados sobre la base de capital más sus intereses.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs. 69/72, elevando el monto de condena a la suma total de PESOS CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO ($47.668) en concepto de capital, con más los intereses fijados en la instancia de grado, de conformidad a lo explicitado en los considerando respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Ordenar se intime en la instancia de grado a la Cooperativa de Trabajo Sur.Cos Ltda. a confeccionar y hacer entrega de los correspondientescertificados de servicios y remuneraciones en los términos y bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo.

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que deberán adecuarse al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), en la oportunidad del art. 51 de la ley 921, teniendo en cuenta la redistribución dispuesta en los considerandos respectivos a los letrados de la actora.

4.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 17 Ley 921).

5.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

6.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"FIGUEROA MAURO NICOLAS C/ CAPELLI EMILIO SEBASTIAN Y OTRO S /D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 469182/2012) – Sentencia: 192/15 – Fecha: 29/12/2015

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. CULPA CONCURRENTE. DAÑO. FALTA DE PRUEBA.

[...] no habiéndose acreditado daño resarcible, resulta abstracto expedirse sobre la responsabilidad del evento vial ventilado –la instancia de grado le endilgó responsabilidad en un cincuenta por ciento para cada uno de los protagonistas del accidente de tránsito-, consumándose la finalidad práctica del derecho.

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de diciembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "FIGUEROA MAURO NICOLAS C/ CAPELLI EMILIO SEBASTIAN Y OTRO S /D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. EXP Nº 469182/2012), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

I.- Que la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 27 de agosto del 2015 (fs. 219/225), expresando agravios a fs. 238/242.

Argumenta que la juez de grado incurre en arbitrariedad al declara la responsabilidad del actor en un 50% cuando el demandado se interpone en el camino, debiéndose aplicar la presunción de responsabilidad prevista en el art. 1113 del Cód. Civ. y reconocer los daños materiales según informe del taller mecánico y daño moral y tratamiento conforme pericia psicológica.

Reserva el caso federal y solicita se revoque el fallo recurrido, haciendo lugar a la demanda con costas.

Corrido el pertinente traslado la parte demandada contesta fs. 244/247.

Manifiesta que el demandante es el único responsable del accidente de tránsito y que ninguna incapacidad ha sufrido, habiéndose desconocido la documental agregada y omitiendo el mismo poner a disposición del perito la motocicleta.

Solicita se rechace la apelación con costas.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis rechaza la demanda de daños y perjuicios con fundamento en que si bien atribuye la responsabilidad en partes iguales, en virtud de la violación de las obligaciones de prevención de cada parte, no se ha acreditado daño alguno de conformidad a la pericia médica y demás elementos probatorios que detalla.

La responsabilidad resarcitoria nace por el daño causado o por el daño no evitado e implica una obligación de repararlo. El daño injusto o un peligro antijurídico de daño son requisitos indispensables a los efectos del resarcimiento del perjuicio o de su prevención. El daño es presupuesto esencial de la responsabilidad civil resarcitoria: sin daño no hay que indemnizar (art. 1067 Código Civil, vigente al momento del hecho)(art. 1739 del Código Civil y Comercial). Desde una perspectiva práctica, el daño es el presupuesto primario, pues el problema del resarcimiento recién comienza a plantearse a partir de la producción de un perjuicio. En sentido cronológico, solo ante un daño se indagan los demás presupuestos de la responsabilidad. (p. 69, 75 y 121, t. 4, Resarcimiento de daños, presupuesto y funciones del derecho de daños, Matilde Zavala de Gonzalez).

En tal sentido, la sentenciante desestima el daño material, en virtud de que el perito no pudo constatarlos ante la falta de exhibición de la motocicleta por parte del reclamante, habiendo la contraria desconocido el informe y las fotos presentadas. El recurrente pretende que se tengan por probados con el informe del taller, aduciendo desconocimiento general de la aseguradora y admisión tácita de los daños.

De las constancias de autos, surge que la contraria desconoce expresamente la documental acompañada, supeditando la procedencia del rubro reclamado a la pericia mecánica y destacando que se alega la destrucción total del vehículo (fs. 36 vta. y 37). El perito designado informa que no puede detallar los daños debido a que la moto

no fue puesta a disposición, no pudiendo confirmar el informe agregado que afirma que la misma no puede ser reparada (fs. 146 vta. y 148).

Ciertamente, llama la atención el contenido del informe invocado por el apelante teniendo en cuenta la descripción del accidente llevada a cabo por el facultativo, que refiere que los vehículos no llevaban alta velocidad, sumado ello a que el actor no sufrió lesiones importantes. De esta manera, no existe otra prueba que dirima las dudas evidenciadas respecto los daños ocasionados en el rodado, estando a cargo de la parte reclamante la carga de la misma (art. 377 y 386 del CPCC).

"Es el damnificado quien debe tratar de establecer con la aproximación que sea factible, la entidad de los daños, ya que se ha decidido que la deficiencia en la prueba referente al monto de los mismos, gravita en contra de quien tenía la carga de aportarla." (CNC, sala A, 5.10.99, González Carlos y otro c. Capillas Néstor y otro s. daños y perjuicios, sum. 1, p. 398, t.2, Derecho de daños en accidentes de tránsito, Daray).

También, se deniega el daño moral y el tratamiento psicológico, con motivo de la falta de justificación de la relación de causalidad, en coherencia con los demás elementos probatorios. El apelante insiste en convalidar la pericia psicológica, que fuera declarada ineficiente en tal sentido.

La pericia médica da cuenta de que el actor sufrió politraumatismo leve sin secuelas incapacitantes (fs. 166 y ss.) y la pericia psicológica establece trastorno de ansiedad generalizada muy leve, fija una incapacidad del 5% y recomienda un tratamiento psicológico de tres meses, afirmando que podrá procesar la angustia del accidente (fs. 187 y ss.).

Indudablemente, le asiste razón a la juzgadora, la pericia de ninguna manera da cuenta de como el hallazgo psicológico se relaciona con el hecho denunciado.

Este dictamen efectuado tres años después del accidente que afortunadamente no ocasionara lesiones graves, aparece igualmente extraordinario frente a las consecuencias normales de las cosas.

En forma reiterada, me he referido a la necesidad e importancia de que las pericias concreten con la consigna del art. 474 primera parte del CPCC, para cumplir con su objetivo cual es asesorar al magistrado en materia especializada, logrando la eficacia probatoria de que habla el art. 476 del mismo texto legal.

"Las normas procesales en vigencia exigen que el dictamen contendrá la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y los principios científicos invocados y demás elementos de convicción que la causa contenga.

Como corolario inexcusable de todo lo expuesto, surge la imperiosa necesidad de que el perito explique las operaciones y fundamente su opinión; en su defecto, el juez no puede valorarla y tiene que desechar sus conclusiones infundadas por impedírselo la ley"(CNCiv. Sala B, 28.2.95, Ferrero Oscar c. Rodriguez Felix s. daños y perjuicios, sum. 3, p. 464, ídem).

En consecuencia, no habiéndose acreditado daño resarcible, resulta abstracto expedirse sobre la responsabilidad del evento vial ventilado, consumándose la finalidad práctica del derecho.

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteara el recurso, propicio el rechazo de la apelación, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la alzada a cargo del recurrente vencido, a cuyo efecto deberán regularse oportunamente los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

Tal mi voto.

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 219/225, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al recurrente vencido (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"SANZ CARLOS C/ MATUZ JUAN DE DIOS Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 396065/2009) – Sentencia: 137/15 – Fecha: 10/09/2015

DERECHO CIVIL: Accidente de tránsito.

REGLAS DE TRANSITO. BOCACALLE. PRIORIDAD DE PASO.

> [...] conforme lo señalara esta Sala en reiteradas oportunidades, cuando no se respeta la prioridad de paso la responsabilidad le cabe a quien incumple la normativa vigente, en el caso el actor, razón por la cual resulta irrelevantes los cuestionamientos que realiza en relación a la prueba pericial, como bien indica la jueza. Es que al no respetar la regla de la prioridad de paso es responsable por el accidente, sin que importe si llegaron a la encrucijada simultáneamente o no o quien fue el vehículo embistente.

Texto completo:

NEUQUEN, 10 de Septiembre del año 2015.
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados: "SANZ CARLOS C/ MATUZ JUAN DE DIOS Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. Nº 396065/2009), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:
I.- La sentencia de fs. 345/349 rechaza la demanda deducida con costas.
La decisión es apelada por el actor en los términos que resultan del escrito de fs. 364/369 y cuyo traslado fue respondido a fs. 371/373.
Los agravios del actor se fundan en los cuestionamientos que realiza en relación a la prueba pericial y en sostener que se realizó un incorrecto encuadramiento de la normativa aplicable, citando precedentes que avalan su postura.
II.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, señalo que los agravios no tendrán andamiento.
Conforme resulta de los términos de la sentencia que no fueran cuestionados, no viene controvertido ante esta Alzada que el demandado gozaba de la prioridad de paso al circular por la derecha.
Tampoco encuentro que el actor haya siquiera demostrado mínimamente que el vehículo del accionado circulara a una velocidad excesiva.
En tales condiciones y conforme lo señalara esta Sala en reiteradas oportunidades, cuando no se respeta la prioridad de paso la responsabilidad le cabe a quien incumple la normativa vigente, en el caso el actor, razón por la cual resulta irrelevantes los cuestionamientos que realiza en relación a la prueba pericial, como bien indica la jueza.

Es que al no respetar la regla de la prioridad de paso es responsable por el accidente, sin que importe si llegaron a la encrucijada simultáneamente o no o quien fue el vehículo embistente.

Así en la causa "VERA GASTON FERNANDO C/ CANZIANI PAULO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. Nº 370695/2008) del 11 de abril del corriente año dijimos en relación al tema:

"Y como la actora no respetó la prioridad de paso de quien circulaba por la derecha, resulta plenamente responsable del accidente razón por la cual su pretensión no puede prosperar.

Se destaca que ha sido el propio accionante quien reconoció que venía una camioneta por su derecha, de cuya existencia se percató, y que no pudo determinarse el lugar del impacto razón por la cual no puede afirmarse que había traspuesto la intersección como se afirma en los agravios.

Sobre el tema de la prioridad de paso esta Sala se ha pronunciado en forma reiterada adjudicándole un carácter absoluto.

En tales condiciones la cuestión debe dilucidarse en base a la preferencia de paso con que contaba la demandada.

Al respecto he sostenido:

- Al expresar agravios, la demandada sostiene a la vez que, del dictamen del perito no se pudo establecer la velocidad a la que circulaban los rodados, y luego que del informe y de las placas fotográficas de la causa penal surge que el auto del actor circulaba a elevada velocidad e insiste en que su vehículo arribó en primer lugar al cruce y ello implica que la prioridad de la ley debe ceder.

Al igual que en otras ocasiones entiendo que el hecho de buscar excepciones a la regla de la prioridad de paso, es justamente esa casuística elaborada por la jurisprudencia la que ha contribuido a que la regla deje de ser tal.

Al respecto, he tenido ocasión de señalar en numerosos precedentes de esta Sala: "MARCILLA MARCELO OSCAR CONTRA AVILA MANUEL GERARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. Nº 270842/1), "SOSA IRMA DEL CARMEN CONTRA SALGADO ALEJANDRO GUSTAVO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. Nº 314527/4) mi postura:

- "Principio por señalar que en algunos precedentes propicié igual postura pero, desde hace algún tiempo, tanto en la Alzada (ver "DELGADO CRISTINA MARTA CONTRA D'ANGELO CARLOS ALBERTO SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. Nº 1109-CA-0)) como subrogando la Primera Instancia, sostengo que la prioridad de paso del vehículo que se presenta por la derecha, es absoluta.

Para ello me fundo en las siguientes razones: "1) el artículo y la letra expresa de la norma en cuanto dice que: "Art. 41.- Prioridades. Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha. Esta prioridad es absoluta….

"Esto es, del propio texto de la norma y al menos en dos ocasiones, se señala la absolutez del principio adoptado: cuando dice que debe ceder siempre y luego cuando establece la prioridad como absoluta.

"2) los jueces no somos expertos en tránsito y por lo tanto no estamos en condiciones, ni debemos analizar si la prioridad es procedente o no.

Ha sido así dispuesta por el legislador y ello supone un análisis sobre el tema que obliga (salvo supuestos excepcionales) a acatarla.

"3) con la excusa de hacer justicia en el caso concreto, la relativización de los principios en esta materia, ha contribuido al caos vehicular hoy existente y que produce muertes, heridos, daños materiales, etc, en aumento. Y es lógico que ello ocurra así ya que las reglas de tránsito de objetivas, han pasado a ser subjetivas ya que los jueces, entre otros, se encargan de relativizarlas y dejarlas sin efecto. Eso sí, invocando la justicia en el caso concreto.

Al respecto me parece oportuno transcribir el voto del Dr. Roncoroni en una sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la causa Salinas, Marcela c. Cao, Jorge (Ac. 79.618) dijo, en lo que al tema interesa y sin perjuicio de compartir el restante punto de análisis:

"II. Precisamente buscando el sentido de la preferencia de paso en las encrucijadas que consagra la regla "derecha primero que izquierda" que entroniza el primer párrafo del inc. 2° del art. 57 de la ley 11.430 -como antaño lo hiciera el art. 71 inc. 2° de la ley 5800- hemos sostenido que la subsistencia de una sociedad depende de la existencia de un proyecto vital común, sentido y compartido como tal, que requiere, necesariamente, de la ordenada y, en lo posible,

armónica convivencia de sus integrantes. Para ello, la sociedad demanda un orden o pacto social que ordene esa convivencia en torno a una serie o conjunto de normas cuyo acatamiento y cumplimiento ha de imponerse coactivamente a quienes no le presten voluntaria sujeción. Esto es el ordenamiento jurídico de una comunidad. Y como tal, así entendido, el ordenamiento jurídico -como cada una de sus normas- expresa un proyecto coexistencial.

"Si entendemos el profundo significado y trascendencia de ese ordenamiento jurídico (que no es otro que el de permitir y ordenar la convivencia -vivir con los demás, vivir en sociedad-) habremos, también, de aprehender, en su justa medida, el mismo sentido que impregna a cada una de las normas que se integran en el sistema. Todas y cada una de ellas sirven a esa armonía y entendimiento del vivir en conjunto.

"Y desde ya que entre esas todas, se encuentra la norma que otorga el derecho de paso en las encrucijadas. Por ello, cuando en mis anteriores fallos de Cámara me he referido a cómo juega dicha norma en tales circunstancias de lugar, estoy poniendo en foco ni más ni menos que en la necesidad de ese entendimiento vital común que debe ser compartido y respetado y que tiene su cuota de realismo en cada momento de la convivencia. Necesidad que en el supuesto que nos ocupa tiende a ser satisfecha por lo que llamamos una norma de prevención.

"Pero para mejor comprender todo ello y nuestra postura ante el tema, creo conveniente reiterar la línea argumental que venimos insinuando desde nuestros tiempos de juez de primera instancia y más luego en la Cámara donde se nos escuchara decir: "en el escenario de las ciudades multitudinarias y de gran parque automotor -como la nuestra- la presencia preponderante, invasora y casi omnipotente en sus calles de vehículos preñados de velocidad y cargados de potenciales riesgos, exigen de la comunidad una serie de normas de prevención que se traduzcan en pautas de comportamiento de sus habitantes, como medio de mitigar y evitar, en lo posible, aquellos riesgos.

"Algunas normas de este tipo, que hacen a la seguridad y educación vial, aparecen contenidas en los Códigos de Tránsito (entre nosotros antiguamente la ley 5800 y hoy la ley 11.430) y reclaman -pese al desdén que hacia su eficacia saben exteriorizar sus destinatarios y hasta los encargados de velar por su acatamiento- un celoso cumplimiento y un rigor creciente en el reproche a su violación. La solidaridad y las necesidades de defensa y preservación de una sociedad organizada, frente a la violencia mecánica presente en su seno y qué actitudes u omisiones individuales o conductas desviadas pueden hacerla desbordar en daños, así lo requieren.

"Convencido de que precisamente una de estas normas es aquella que consagra la regla de la prioridad de paso (arts. 71 inc. 2 de la ley 5800 y 57 inc. 2°, ley 11.430) he dicho de ella que juega como cuña del civismo en el desplazamiento urbano de los automotores, desde que objetivamente exige que quién llega a una bocacalle debe ceder espontáneamente el paso a todo vehículo que se presente por su derecha. De lo contrario esa preciosa regla de tránsito (y que la salud de la sociedad necesita que se internalice en todos los ciudadanos conductores) perdería su eficacia y, lo que es más, el desplazamiento vehicular por las calles se sembraría de inseguridad en cada esquina, donde la prioridad no estaría dada por una regla objetiva cual la de las manos de circulación, sino por una regla de juego arbitraria y hasta salvaje, cual la de quien llega primero al punto de colisión y resulta impactado, se libera de culpas (28-IV-1983 R.S.D. 136 bis/83; íd. c. 190.838 del 18-X-1984 R.S.D. 258/1984) o, agrego ahora, por la no menos peligrosa de que quien primero ingresa a la bocacalle está exento de reproches." (C 1ª, sala III; La Plata, Reg. sent. 267/84)." -el resaltado me pertenece-.

"Si como afirma Oliver W. Holmes, la suerte del ser humano se encuentra permanentemente acicateada por el peligro y la incertidumbre ("The Path of Law", Harvard Law Review, t. 10, p. 466), no debe sorprender que como juez encuentre necesario, en casos como el que nos ocupa, priorizar el valor seguridad, entendido precisamente como protección frente a esos riesgos. El mundo circundante es un mundo de riesgos y, en particular, lo es el tránsito vehicular que se integra en su realidad, el cual debe ser asegurado con normas como las del art. 57 inc. 2°, segundo párrafo de la ley 11.430. Es que como decía Recasens Siches "sin seguridad jurídica no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase".

"Es bueno recordar, cuando transitamos la vereda de la axiología de la mano del valor seguridad y pretendemos asegurar el mismo en aras de la vida en común, que "desde siempre el hombre ha pretendido conocer con la mayor precisión posible qué acciones de otros hombres pueden interferir con él, y qué acciones suyas pueden incidir en los

otros. Lo cual deriva de una de las características de la condición humana que es querer saber a qué atenerse en las relaciones con los demás" (A. Alterini "La inseguridad jurídica"; Abeledo-Perrot, 1993, p. 15).

"Para ello, precisamente para saber a qué atenerse en las relaciones con los demás en las situaciones que los vehículos generan en las bocacalles, está dada la norma de preferencia de paso en las mismas, que con el equilibrado juego de expectativas mutuas que despierta en sus destinatarios está marcando, en cada caso concreto, los deberes de actuación de cada uno: "el conductor que llegue a una bocacalle o encrucijada debe en toda circunstancia ceder el paso al vehículo que circula desde su derecha hacia su izquierda, por una vía pública transversal" (art. 57 inc. 2° ley cit.).

"En el mismo sentido el Dr. García ha dicho en autos "ALEGRIA MONTECINOS NORMA E. C/ IRIARTE LUIS ALBERTO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 580-CA-2) que:

"Tal como alega el recurrente, la cuestión planteada en autos reproduce "mutatis mutandi" la situación fáctica contemplada in re "SOTO WALTER DANIEL Y OTRO CONTRA CAMPOS ROLANDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 1028-CA-0), en la que expresáramos: "Hemos tenido ocasión de desentrañar con Tabasso Cammi ("Preferencias del Ingreso prioritario, de la derecha izquierda y de ipso, intentando terminar una polémica interminable", en Rev. Derecho de Daños. Acc, de Tránsito III, págs. 7 y sgtes.), la trascendencia que cabe atribuir a la preferencia en cuestión en procura de la seguridad en el tránsito. También hemos sostenido con el autor citado, que la preferencia de quien accede por la derecha no cede por el arribo anticipado del otro confluyente, ya que si así fuera la prioridad no existiría, quedando sustituida por la anticipación en el acceso".

"De esta manera cabe destacar una vez más que la cuestión que intenta hacer valer la demandada como excepción a la regla, esto, es el ingreso en primer lugar a la bocacalle, ni siquiera es de las excepciones contempladas por la norma.

"Así, el artículo 41 de la ley 24.449 "PRIORIDADES. Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha. Esta prioridad del que viene por la derecha es absoluta, y sólo se pierde ante:

"a) La señalización específica en contrario; b) Los vehículos ferroviarios; c) Los vehículos del servicio público de urgencia, en cumplimiento de su misión; d) Los vehículos que circulan por una semiautopista.

Antes de ingresar o cruzarla se debe siempre detener la marcha; e) Los peatones que cruzan lícitamente la calzada por la senda peatonal o en zona peligrosa señalizada como tal; debiendo el conductor detener el vehículo si pone en peligro al peatón; f) Las reglas especiales para rotondas; g) Cualquier circunstancia cuando: 1. Se desemboque desde una vía de tierra a una pavimentada; 2. Se circule al costado de vías férreas, respecto del que sale del paso a nivel; 3. Se haya detenido la marcha o se vaya a girar para ingresar a otra vía; 4. Se conduzcan animales o vehículos de tracción a sangre. Si se dan juntas varias excepciones, la prioridad es según el orden de este ARTICULO.

Para cualquier otra maniobra, goza de prioridad quien conserva su derecha. En las cuestas estrechas debe retroceder el que desciende, salvo que éste lleve acoplado y el que asciende no.

"Los conceptos aludidos hacen hincapié en el carácter objetivo de la regla, aspecto al que resulta imprescindible otorgar prioridad como pauta cultural ordenadora del tránsito.

"El respeto absoluto a la regla necesariamente habrá de generar un nuevo modo de comportamiento, al igual que ha ocurrido con otras cuestiones en que al erradicarse las excepciones y exigirse el cumplimiento de la norma tal como fue prevista por el legislador, ha producido cambios radicales en el modo de convivir en la sociedad, pudiendo citar a modo de ejemplo la prohibición de fumar o la obligatoriedad respecto al uso de cinturón de seguridad tanto en el tránsito por rutas como urbano.

"La subsistencia de pronunciamientos judiciales que a través de la casuística establecen excepciones a fin de contemplar la justicia del caso no hacen más que debilitar el principio, el cual fue concebido en forma absoluta y con solo unas pocas excepciones previstas taxativamente por la misma norma.

"En consecuencia y por todo lo señalado, la prioridad de paso que tenía el actor al venir circulando por la derecha cobra virtualidad plena y provoca la responsabilidad total de la parte demandada en el accidente, razón por la cual

corresponde rechazar el agravio expresado al respecto y confirmar en ese aspecto, la sentencia de grado. ("Solis Raúl Eugenio contra Bianchi Hugo Alberto y otro s/ D. y P. por uso autom. c/ lesión o muerte", (Expte. Nº 349208/7) 15/5/12)".

A lo dicho cabe agregar un argumento que en el caso de autos es lo que me lleva variar mi postura, y es que la regla de la prioridad absoluta no puede ceder frente al uso local que pueda predicarse respecto a la Avenida Argentina o la envergadura atribuida a esa arteria.

En tal sentido el carácter objetivo de la norma a la que hemos aludido repetidamente debe descartar en su aplicación cuestiones relacionadas con ponderaciones personales ya que, insisto, su equiparación con la pauta cultural relativa al uso del cinturón de seguridad debe excluir la valoración subjetiva acerca de la mayor o menor velocidad de llegada a la encrucijada, el impacto del choque en la parte delantera o trasera, o el mayor o menor volumen de tránsito que pueda tener una arteria para equipararla a una semi-autopista.

He aludido al "uso local", pues me parece fundamental para insistir en el carácter objetivo de la regla que el mencionado hábito o convencimiento local no pueda argumentarse para evadirla, pues las reglas de tránsito deben ser iguales tanto para los residentes como para aquellos que vienen de otras ciudades, cuestión que de generalizarse ha de redundar en beneficio de quienes siendo de esta localidad en alguna ocasión deban manejar en otra, de la cual desconozcan el particular uso local que se le otorga a sus arterias.

En el caso de la regulación normativa del tránsito es indispensable la necesidad de reglas y no tanto de principios, teniendo en cuenta la diferencia que de ambas efectúa Alexy.

El autor citado, aún cuando se refiere a normas fundamentales, efectúa una distinción que refuerza mi idea en el tema. Así afirma que las normas pueden dividirse en reglas y principios:

"El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos… En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio". (Alexy, Robert (2001). Teoría de los derechos fundamentales, trad. Ernesto Garzón).

La dinámica del tránsito vehicular en la actualidad, tanto en ciudades como en rutas impone para los que circulamos la existencia de reglas claras, esto es, que se cumplan a todo o nada, pues de regularlo en base a principios, deberíamos estar pendientes de las distintas interpretaciones acerca de lo que es el buen orden del tránsito, lo que cada uno comprende acerca de la velocidad y la seguridad de cada vehículo, etc., quedando permanentemente abierto a justificaciones acerca de lo que cada uno entiende es lo más conveniente para la circulación.

Aquí cabe también como recurso el ejemplo del cinturón de seguridad: su uso obligatorio no depende de lo que cada uno entienda acerca de la velocidad a la que conduce, si es un adulto o un niño, si va en el asiento delantero o trasero, si circula en la ciudad o en la ruta. El uso del cinturón se seguridad es obligatorio, punto.

Además la posibilidad de conflicto entre reglas de circulación está expresamente previsto por la ley, artículo 41: "PRIORIDADES. Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha. Esta prioridad del que viene por la derecha es absoluta, y sólo se pierde ante: a) La señalización específica en contrario; b) Los vehículos ferroviarios; c) Los vehículos del servicio público de urgencia, en cumplimiento de su misión; d) Los vehículos que circulan por una semiautopista.

Antes de ingresar o cruzarla se debe siempre detener la marcha; e) Los peatones que cruzan lícitamente la calzada por la senda peatonal o en zona peligrosa señalizada como tal; debiendo el conductor detener el vehículo si pone en peligro al peatón; f) Las reglas especiales para rotondas; g) Cualquier circunstancia cuando: 1. Se desemboque desde una vía de tierra a una pavimentada; 2. Se circule al costado de vías férreas, respecto del que sale del paso a nivel; 3.

Se haya detenido la marcha o se vaya a girar para ingresar a otra vía; 4. Se conduzcan animales o vehículos de tracción a sangre. Si se dan juntas varias excepciones, la prioridad es según el orden de este artículo.
Para cualquier otra maniobra, goza de prioridad quien conserva su derecha. En las cuestas estrechas debe retroceder el que desciende, salvo que éste lleve acoplado y el que asciende no."
Asimismo, y a raíz del dictado del reciente Acuerdo N° 48 del Tribunal Superior de Justicia de nuestro provincia en los autos "MARCILLA MARCELO OSCAR CONTRA ÁVILA MANUEL GERARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", en el que se aludiera a una teoría "inquietante" de esta Sala –en ocasión de integrarla el suscripto con la estimada colega Dra. Osti de Esquivel- relacionada con el carácter absoluto de la prioridad de paso por la derecha y su relación con la velocidad entiendo imprescindible efectuar una precisión.
Señala el alto Cuerpo: "En efecto, la Alzada postula esta inquietante teoría:
"En cuanto a la velocidad de la moto no considero que resulte relevante para la cuestión analizada partiendo de la base, claro está, de que el actor tenía la prioridad de paso y por resultar ello concordante con la postura asumida sobre el punto en cuestión" (cfr. fs. 429).
Tal afirmación no satisface las exigencias de la jurisdicción. Se trata de un fundamento sólo aparente en la medida en que pretende demostrar su tesis mediante la premisa que debe ser demostrada. En efecto, decir que la ley asigna prioridad absoluta a quien viene por la derecha, sin indagar los alcances y extensión de esa prioridad, para decidir el caso prescindiendo de la interpretación legal, de las restantes normas del ordenamiento que reclaman aplicación y de las circunstancias relevantes de la causa, privan a la sentencia de su necesaria condición de ser derivación razonada del derecho vigente."
Pues bien, en orden a despejar las inquietudes que puedan suscitarse he de ahondar en las razones de la afirmación, las que vale destacar se encuentran justamente en la estructura del sistema de responsabilidad civil vigente en nuestro país.
En el marco de la dinámica vehicular, el carácter decisivo de la prioridad de paso por la derecha se asemeja al que tienen las señales lumínicas de un semáforo, de modo tal que al igual que no se discute que quien tiene el semáforo en rojo debe detener su marcha, la prioridad de paso por la derecha impone como conducta la necesidad de disminuir sensiblemente la velocidad para el caso de requerir que el vehículo deba detenerse.
Es lugar común en la jurisprudencia leer que la prioridad de paso no otorga a quien le corresponde un "bill de indemnidad" para conducirse a su antojo por la vía pública, sobre todo relacionándolo con la cuestión del exceso de velocidad.
Pues bien, la cuestión de la velocidad que le imprime a su vehículo quien circula por la derecha es preciso relacionarla con el sistema de causalidad que establece nuestro Código Civil.
En tal sentido, y como ya hemos reiteradamente expresado en esta Sala, el sistema de causalidad adecuada brinda un doble juego de respuestas en el sistema de la responsabilidad civil de nuestro ordenamiento, pues por un lado sirve para determinar quién es el responsable del hecho y por otro a establecer la dimensión de esa responsabilidad definiendo qué consecuencias debe afrontar.
En ese sistema causa es aquel acto –u omisión- que "según el curso ordinario y natural de las cosas" es capaz de producir el resultado de conformidad a la experiencia de vida y a lo que regularmente suele ocurrir, de modo tal que el resto de los antecedentes son condiciones de ese resultado y no causa, destacándose aquí en lo que me interesa que quien pone la condición de un acto, no es responsable en el término jurídico que ello trasunta, del resultado de los eventos que se desencadenaran, sólo será jurídicamente responsable quien aportó "la causa adecuada".
Así: "La construcción jurídica que emerge de los arts. 901 y sstes. del Código de Vélez Sársfield, permite establecer que para determinar la causa de un daño, es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un cierto resultado. Ese juicio de probabilidad que deberá hacerlo el juez, lo será en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto" (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, La relación de causalidad y la antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual, LA LEY 1996-D, 23)"

"Es así que, para determinar la causa de un daño, se debe hacer ex post facto un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad: a la luz de los hechos de la causa, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente –en abstracto y prescindiendo de sus condiciones particulares-, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente. Si se contesta que no, faltará la relación causal, aunque considerado el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una condictio sine qua non del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido o al menos no en esa manera (TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T I, p. 610; SPOTA, Alberto G., El nexo adecuado de causalidad del daño, La Ley 1984-D-323; SCBA, 20/11/90, "Kieffer c/ Establecimiento Modelo Terrabusi", DJBA 142-1271; ídem, 27/12/88, "Morales c/ El Hogar Obrero Coop. de Consumo Ltda.", DJBA. 136-1441; etc). El cálculo de probabilidad que involucra el examen causal consiste en lo que se conoce como "planteamiento de probabilidad clásica a priori". En este tipo de análisis probabilísticos, la probabilidad se basa en el conocimiento anterior al proceso involucrado.(Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A AR/JUR/13716/2013)

El juicio en abstracto que requiere la determinación de la relación de causalidad es de toda lógica para arribar a conclusiones inequívocas pues en la realidad del hecho todos los antecedentes forman un conglomerado de condiciones sin las cuales el mismo no hubiera ocurrido.

Ahora bien, en ese marco y recurriendo nuevamente a la comparación con el semáforo, es cierto que si quien tiene la prioridad de paso otorgada por el semáforo en verde circula a más de 40 km. de velocidad -velocidad máxima en zona urbana- es impactado por quien cruza un semáforo en rojo, puede válidamente sostenerse que el exceso de velocidad pudo ser una "condición" del resultado, pero la causalidad adecuada en el caso está dada por el cruce del semáforo en rojo y no por el exceso de velocidad.

Así, quien tiene la prioridad maneja bajo la expectativa de que quien no la tiene no va a avanzar, de modo que bajo esa perspectiva -que tiene un origen legal y prescribe una conducta- lo que "ordinaria y regularmente ocurre" es que trasponga la encrucijada sin inconvenientes, pues la regla le impone a quien no cuenta con ella el respeto a la misma, sin que deba "interpretar" a qué velocidad viene quien circula por la derecha.

En ese marco y sin desconocer la fuerza retórica que tiene la expresión "bill de indemnidad" para restarle vigor a la prioridad de paso por la derecha ésta es una pauta cultural de conducta -reitero pues me parece central- que debe imperar sin excepciones para un tránsito con certezas y sin inquietudes.

Igualmente, la afirmación de que quien goza de la prioridad tendría derecho a circular arrasando todo a su paso entiendo no recepta adecuadamente las máximas de experiencia, pues si circula a una velocidad a todas luces excesiva quien debe otorgarle paso -siempre y cuando realice la maniobra de disminución de velocidad y detención que requiere cumplir con la norma- no tendrá dificultades para advertirlo, pudiendo detener su marcha.

Contribuye a la afirmación que precede un hecho de la experiencia que es la dificultad que se plantea para determinar en los procesos la velocidad a la que circulaban los vehículos al momento del siniestro en zonas urbanas.

De este modo y sin intenciones de restarle validez probatoria a los croquis elaborados por la policía de tránsito, lo cierto es que las pericias mecánicas que obran en los procesos en muchas ocasiones arrojan diferentes resultados y son motivo de todo tipo de impugnaciones, a lo que cabe agregar que se elaboran luego de un considerable transcurso de tiempo.

Para ello tampoco resultan relevantes los testimonios, pues es sabido que la cuestión de la velocidad se percibe de muy distinta manera según donde hubiera estado el testigo al momento del accidente, de modo que no es idóneo para establecer una cuestión que supone relaciones entre fuerza, materia y movimiento y requiere de complejos métodos matemáticos para arribar a conclusiones precisas.

Para culminar, la posibilidad de arraigar el respeto de la prioridad de paso por la derecha como una pauta cultural, junto al ya aludido uso del cinturón de seguridad, como así también la prioridad de circulación del peatón, llevará a que podamos gozar entre nosotros del mentado "respeto a las normas de tránsito" que tanta admiración despierta a

nuestros compatriotas cuando tienen oportunidad de viajar al extranjero, y tantas dificultades provoca a los mismos viajeros cumplir una vez traspuestos los límites de Ezeiza.

De todas maneras la cuestión debe reconocerse que se encuentra discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sin que pueda predicarse que por adoptar una postura diferente ello la torne en carente de sustento legal ya que el afirmar que la prioridad de paso por la derecha es de carácter absoluto cuenta con un expreso respaldo legal –la redacción del artículo en cuestión- y la propia normativa vial señala que su incumplimiento genera una presunción legal de responsabilidad como lo indica el artículo 64.

Más de siete mil muertos al año, de los cuales el 52% de los accidentes ocurren en zona urbana –conforme las estadísticas de "luchemos por la vida"- obligan a extremar el análisis de la cuestión puesto que el principio rector de la normativa vial es el de la seguridad.

En tal sentido al postular que la prioridad de paso por la derecha no estamos en presencia de un derecho sino la ejecución de una regla obligatoria puesta en interés general, porque todos los usuarios se atienen a ella para regular sus respectivas maniobras. Ella por lo tanto, con carácter de principio no es renunciable o derogable al arbitrio del particular, especialmente si de la derogación puede derivar peligro para los demás (Tabasso Cammi, "preferencias del ingresos prioritario de la derecha izquierda y de facto" citado por el TSJ, en el precedente mencionado).

Como bien señala el autor citado en el párrafo que antecede no puede sostenerse para morigerar el principio que se alegue la aparición imprevista de un automotor toda vez que las calles están destinadas al tránsito de automotores razón por la cual lo normal es que aparezca circulando un auto ya que sostener que su aparición es imprevista no se compadece con la realidad.

Cabe agregar además que dicho autor señala dentro de los ordenamientos que establecen exclusivamente la preferencia de la derecha izquierda no autorizando a inferir la del ingreso previo por vía interpretativa, se encuentra la ley nacional de tránsito, la convención de circulación de París 1926, convención de circulación de Viena de 1.968, ley de tráfico de España, Suiza, Brasil, Chile, Colombia, EEUU, México entre otros, con lo cual dicha regla, entiendo no permite inferir que alude a quien ingresa primero por vía interpretativa.

No desconozco por cierto que el autor mencionado postula en definitiva una posición distinta a la aquí expuesta pero como se afirma: "de lege ferenda, el sistema técnico jurídico ideal radica en la combinación simultáneo de ambos arbitrios, pero no dejando alguno de ellos librados a la interpretación y por lo tanto a la discusión –sino formalizados en textos claros, expresos y fácilmente comprensibles por el usuario, pues el reglamento de tránsito no es para juristas, sino un manual práctico de conducta vial –y sobrevivencia- dirigido a hombres medios de todas las condiciones".

Para resumir.

Mantengo conforme la postura que sustentara en distintos precedentes, al igual que lo propiciaran otros colegas de esta Cámara y de otros Tribunales del país, que la prioridad de paso de la derecha es un principio absoluto no renunciable y que hace a la seguridad del tráfico, principio este central de la legislación vial.

Dicho principio es absoluto por cuanto así lo establece expresamente la normativa vigente –artículo 41- y por ello quien la viola es responsable de un accidente de acuerdo a los términos del artículo 64.

La claridad de la preferencia se debe a que la ley de tránsito está dirigida a la gente común y por cuanto la cantidad de accidentes y muertes derivadas de ellos, obligan a que dicho principio deba mantenerse.

No se desconoce que existen otras cuestiones de principio técnicas relacionadas con la velocidad a que se debe circular y que también deben ser respetados.

Concretamente y con relación a la velocidad del automotor preferente entiendo que, en principio, la marcha superior a la permitida no es causa del accidente sino condición del accidente conforme lo expusiera.

No se me escapa que la propia ley dispone excepciones al principio de preferencia, pero las mismas son legales y no de interpretación y entre ellas no figura la velocidad superior a la permitida en las encrucijadas.

Tampoco que al afirmar "en principio", estoy admitiendo que puede haber supuestos en que dicha velocidad obre en el caso concreto como causa y no como condición.

Pero tales supuestos deben ser extremadamente graves y abusivos, conforme los principios del derecho civil, y debiéndose tener en cuenta que la aparición de un automotor no es sorpresiva en las calles ya que las mismas están hechas para que circulen autos con lo cual lo lógico es suponer que habrá un automotor.

Así si el automotor preferente está corriendo una "picada" y ello se demuestra, entiendo que por aplicación de los principios generales del derecho civil, dicho conductor comete una conducta abusiva y como tal y pese a la preferencia la misma no puede ampararlo y liberarlo de toda responsabilidad.

Ello supone la acreditación de la conducta abusiva y su gravedad excepcional.

En consecuencia y por haber violado la prioridad de paso y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 64 de la ley de tránsito, es que estimo que existió responsabilidad exclusiva en el accidente por parte de la actora, razón por la cual la pretensión no debe prosperar.

En consecuencia y habiendo adoptado la jueza la postura de la Sala y no advirtiendo argumentos suficientes como para variar los precedentes, es que entiendo que lo decidido resulta ajustado a derecho.

III.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada en todas sus partes, con costas, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia apelada en todas sus partes, con costas a la parte actora en su condición de vencida, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 68 del Código Procesal y art. 15 de la ley 1594).

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"AADI CAPIF C/ GOMEZ FABIAN FABIO F. S/ COBRO SUMARIO DE PESOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 507250/2015) – Interlocutoria: 396/15 – Fecha: 29/09/2015

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

PRUEBA ANTICIPADA. RECONOCIMIENTO JUDICIAL. CONSTATACION. INTERVENCION DEL DEFENSOR OFICIAL.

Los Defensores Oficiales, son funcionarios públicos dependientes del Poder Judicial, cuya intervención procura resguardar la garantía constitucional de defensa en juicio y asegurar objetivamente la existencia de un verdadero proceso contencioso. Para el caso concreto de las diligencias preliminares, preparatorias o conservatorias, la ley admite la posibilidad de prescindir de la citación del demandado, sustituyéndola con la intervención del defensor oficial, en procura de garantizar la validez del

procedimiento y la defensa en juicio, cuando resulta justificado que la demora que puede sufrir aquella es susceptible de frustrar el cumplimiento de la diligencia requerida. (p. 48, t.VI, Procesos de conocimiento, Derecho Procesal Civil, Palacio).

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de Septiembre del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "AADI CAPIF C/ GOMEZ FABIAN FABIO F. S/ COBRO SUMARIO DE PESOS" (Expte. Nº 507250/2015) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 1 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- Que la defensora oficial interpone recurso de apelación subsidiario contra la providencia simple del 20 de abril del 2015 (fs. 29 vta.), presentando memorial a fs. 33/34.

Argumenta que la juez de grado incurre en errónea citación de la defensoría en los términos del art. 327 del CPCC cuando no se evidencian razones de urgencia y se encuentra garantizada la legalidad de la diligencia con la presencia del oficial público, realizándose la misma además en el domicilio del demandado.

Solicita se deje sin efecto la intervención ordenada.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis ordena la realización de prueba anticipada, conforme arts. 326 inc. 2 del CPCC, consistente en la constatación del uso de repertorio musical, previo vista al defensor oficial en turno para su toma de razón conforme lo dispuesto por el art. 327 del mismo código. Al desestimar la reposición, amplia que la intervención de la demandada podría frustrar la realización de la medida ordenada.

De las constancias de autos surge que la parte actora ha solicitado en calidad de prueba anticipada, mandamiento de constatación sobre la difusión de grabaciones fonográficas y la titularidad del local denunciado, justificando sus motivos en que el conocimiento de la contraria destruiría las evidencias concretas (fs. 28). Ante el proveído, la misma requirente solicita se provea la medida preliminar de informar el titular del comercio en el mismo momento de realizarse la constatación ordenada (fs. 31). Se concreta el pase a defensoría el 22 de julio de 2015 (fs. 32 vta.).

El artículo 327 del Código Procesal estipula expresamente: "Pedido de medidas preliminares, resolución y diligenciamiento. En el escrito en que se solicitaren medidas preliminares se indicará el nombre de la futura parte contraria, su domicilio si fuere conocido y los fundamentos de la petición. El juez accederá a las pretensiones si estimare justas las causas en que se fundan, repeliéndolas de oficio en caso contrario. La resolución será apelable únicamente cuando denegare la diligencia. Si hubiese de practicarse la prueba se citará a la contraria, salvo cuando resultare imposible por razón de urgencia, en cuyo caso intervendrá el defensor oficial. El diligenciamiento se hará en la forma establecida para cada clase de prueba, salvo en el caso de la pericial, que estará a cargo de un perito único, nombrado de oficio". (cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; 323 y ss. del Cód. Proc.; y 67 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Los Defensores Oficiales, son funcionarios públicos dependientes del Poder Judicial, cuya intervención procura resguardar la garantía constitucional de defensa en juicio y asegurar objetivamente la existencia de un verdadero proceso contencioso.

Para el caso concreto de las diligencias preliminares, preparatorias o conservatorias, la ley admite la posibilidad de prescindir de la citación del demandado, sustituyéndola con la intervención del defensor oficial, en procura de garantizar la validez del procedimiento y la defensa en juicio, cuando resulta justificado que la demora que puede sufrir aquella es susceptible de frustrar el cumplimiento de la diligencia requerida. (p. 48, t.VI, Procesos de conocimiento, Derecho Procesal Civil, Palacio).

Como se puede observar, en principio la designación de la defensora oficial ha sido efectuada conforme previsión legal expresa, y se justifica fácticamente en la naturaleza de la medida a realizarse, la que de anticiparse al

demandado podría verse frustrada por desaparición de las cosas y personas a reconocerse en forma judicial, en relación tanto a la reproducción musical como a la titularidad comercial.

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido: "En el marco de una medida de prueba anticipada (cpr: 326), toda vez que se trata de la resolución de un dictamen pericial -al margen de otras medidas- se aprecia necesario la intervención del defensor oficial a los efectos de representar a la parte contra la que se lleva la medida, la cual no puede ser notificada ya que su anticipación en el conocimiento de la medida puede permitir que se oculte, modifique o destruya el objeto probatorio a requerir (Cnciv, sala j, in re "Pardo, Rubén Ricardo c/ Fernández, Juan Carlos s/ medidas precautorias", del 15/08/06). Ello así, pues en atención al derecho de defensa previsto en el último párrafo del cpr: 327, este tipo de medidas deben ser dispuestas inaudita pars, sin que se violente el principio de bilateralidad, produciéndose un aplazamiento del mismo al momento de la prueba." (Auto: NETMIR S.A. S/ DILIGENCIA PRELIMINAR - Ref. Norm: Código Procesal: 327. - Cámara Comercial: B. - Mag.:Díaz Cordero - Bargalló - Piaggi - Fecha: 03/09/2009- LDT).

"La intervención del Defensor Oficial que prevé el art. 327 del CPC no sólo debe ser admitida en los casos de "urgencia" impostergable, sino también en todo supuesto en que el anoticiamiento a la parte contraria pueda permitirle a ésta la preparación del objeto de la prueba." (Ref. Norm: CPCB Art. 327, CC0102 MP 95645 RSI-851-95 I, Fecha: 26/10/1995, Caratula: Bianchi, Betina I. s/ Prueba anticipada, Mag. Votantes: Oteriño-Dalmasso-Zampini- LDT).

"La participación de la parte contraria en la producción de prueba anticipada bien puede ser suplida por la intervención del Defensor Oficial, de ese modo se resguarda no sólo el objeto de la medida, sino que además se garantiza el control en la producción de la prueba, evitando cualquier planteo de nulidad posterior."(CC0001 LM 285 RSI-100-2 I, Fecha: 15/10/2002, Juez: ALONSO (SD), Caratula: Lopez, Lorena c/ Sanatorio Privado Figueroa Paredes y otros s/ Daños y perjuicios, Mag. Votantes: Alonso-Taraborrelli-Posca- LDT).

"En caso de ordenarse la producción de una prueba anticipada, la parte contraria o bien el defensor oficial, debe ser citado, en miras a resguardar el derecho de defensa, y con ello la bilateralidad del proceso que, sólo excepcionalmente puede ser postergada." (Autos: Consorcio De Propietarios Vistalba Country C/ C/ Francia, Alejandro S/ cumplimiento De Contrato - Fallo N°: 05190187 - Ubicación: A178-200 - Expediente N°: 37960 - Tipo de fallo: Interlocutorio - Mag.: CATAPANO MOSSO-BOULIN-VIOTTI - Primera Cámara Civil Circ.: 1 - Fecha: 15/12/2005- LDT).

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se plantea el recurso, deberá rechazarse la apelación, confirmando el decisorio recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar el decisorio dictada a fs. 29 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"T. R. A. C/ C. S. D. C. S/ INC. REDUCCION CUOTA ALIMENTARIA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 48082/2011) – Interlocutoria: 436/15 – Fecha: 29/10/2015

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.

CUOTA ALIMENTARIA. ALIMENTOS PARA LA CONYUGE SEPARADA DE HECHO. HIJOS QUE ALCANZARON LA MAYORIA DE EDAD. REDUCCIÓN. VALORACION.

Corresponde reducir la cuota alimentaria para la cónyuge separada de hecho a un 15% de los haberes percibidos por el accionante –la instancia de grado redujo la cuota alimentaria del 40% que fuera establecida para el cónyuge y los hijos al 10% atento la mayoría de edad alcanzada por los mismos-. Ello es así, teniendo especialmente en cuenta la imposibilidad de acceder a un puesto de trabajo provechoso en virtud de la compleja situación que surge de la edad, el estado de salud y la calificación profesional, todo ello en directa relación con el rol cumplido en el núcleo familiar, en el marco de una separación de hecho de larga data.

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de Octubre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "T. R. A. C/ C. S. D. C. S/ INC. REDUCCION CUOTA ALIMENTARIA" (Expte. INC Nº 48082/2011) venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 2 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- Que la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria del 19 de mayo del 2015 (fs. 187/190), presentando memorial a fs. 194/196.

Argumenta que la juez de grado incurre en errónea apreciación de las circunstancias particulares al reducir la cuota alimentaria del 40% que fuera establecida para el cónyuge y los hijos al 10% atento la mayoría de edad alcanzada por los mismos, sin considerar que por sus condiciones personales le es imposible obtener un empleo redituable y que el porcentaje fijado no supera los $1.800.

Solicita se revoque el fallo recurrido, fijando la cuota en un 30%.

Corrido el pertinente traslado la parte actora contesta a fs. 199.

Manifiesta preliminarmente que no se cumplen los requisitos del art. 265 del CPCC y que en su caso se ha probado que no posee discapacidades que le impidan trabajar y habita el inmueble conyugal, debiendo limitarse la cuota a lo estrictamente necesario.

Solicita se rechace la apelación con costas.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis reduce la cuota alimentaria para la cónyuge separada de hecho a un 10% de los haberes percibidos por el accionante teniendo en cuenta la edad y la dedicación exclusiva a la crianza de los cinco hijos, no habiéndose comprobado otros elementos que justifiquen el porcentaje de afectación requerido por la misma.

Las partes habían acordado la cuota alimentaria para los hijos y la exesposa en un 40% hacia el 26 de agosto de 1992, pactando asimismo que el inmueble sede del hogar conyugal sería ocupado en forma exclusiva por la madre y los hijos (fs. 1); consta que en la actualidad todos los descendientes son mayores de edad (fs. 1 y 8/11), declarándose el cese de la cuota alimentaria a fs. 137; como asimismo que el alimentante ha tenido otras dos hijas con otra pareja (fs. 12/13).

La apelante declara la edad de 56 años y ser desempleada (fs. 31); el informe del psiquiátrico da cuenta de que la misma no se considera impedida para desempeñarse laboralmente, más insiste que le corresponde alimentos "ya que se ha pasado la vida criando a sus hijos y ..haber sido una buena esposa" (79/81); los testigos ratifican su dedicación al cuidado de los hijos, aludiendo a problemas de salud (fs. 108/111); el informe social dice "La Sra. ..nunca trabajó debido a que se ocupaba de la crianza de sus hijos, no cuenta entonces, con experiencia laboral. Es una mujer sin impedimentos físicos evidentes sin embargo, su edad pone límites propios a sus capacidades. La localidad se

caracteriza por fuentes de empleo relacionadas a tareas rurales, que requieren de mucho esfuerzo físico, por lo que la Sra. no constituye la fuerza de trabajo requerida por las empresas. Por último, su nivel de instrucción no la califica para empleos administrativos, sus posibilidades de obtener un empleo formal son escazas" (fs. 139/143); consta que padece artrosis de columna y pérdida auditiva, sin que se dictamine incapacidad laboral (fs. 31/33, 88/93 y 97/99); se informa el sueldo mensual bruto del actor de septiembre 2014 de $22.012 (fs. 158/175); y se certifica que el matrimonio data del 13 de agosto de 1984 (fs. 40).

De conformidad a lo previsto en el artículo 3 del Código Civil y 7 del Código Civil y Comercial, rige el caso en estudio el artículo 433 de este último, tratándose de una demanda de reducción de cuota alimentaria:

"Pautas para la fijación de los alimentos. Durante la vida en común y la separación de hecho, para la cuantificación de los alimentos se deben tener en consideración, entre otras, las siguientes pautas: a. el trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades; b. la edad y el estado de salud de ambos cónyuges; c. la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos; d. la colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; e. la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar; f. el carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda. En caso de ser arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona; g. si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial; h. si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación; i. la situación patrimonial de ambos cónyuges durante la convivencia y durante la separación de hecho. El derecho alimentario cesa si desaparece la causa que lo motivó, el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial, o incurre en alguna de las causales de indignidad". (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 46 de la Const. Prov.; 431 y ss. del Cód. Civ. y Com.; y 377 y 386 del Cód. Proc.).

El nuevo código establece que los alimentos son debidos de manera igualitaria durante la convivencia y también durante la separación de hecho, como así también en caso de divorcio en los supuestos fácticos expresamente previstos. La obligación alimentaria se traduce en un quantum. En tal sentido se brindan determinadas pautas para la fijación de la obligación alimentaria en particular durante la vida matrimonial como ante la separación de hecho de los cónyuges, son de diversa índole, tienen como base el respeto por el principio de solidaridad familiar y se alejan de toda idea de culpa. Como la vida en común y la separación de hecho observan diferencias, éstas son tenidas en cuenta o se transfieren a las pautas para la cuantificación de la obligación alimentaria, presentando algunas diferencias según se trate de alimentos peticionados durante la vigencia plena del matrimonio o tras su separación de hecho. Se mantienen algunas pautas y se agregan otras destacadas como necesarias por la doctrina nacional en base a principios constitucionales-internacionales como así también desde la perspectiva de género. En primer término, el nuevo código recepta un reclamo desde los estudios de género que defienden, con acierto, que la dedicación al hogar implica trabajo en el hogar, es decir, que tiene un valor económico fácilmente cuantificable. La otra cuestión se refiere al aspecto patrimonial que debe ser tenido en cuenta para la cuantificación de la obligación alimentaria, se tiene en cuenta la situación patrimonial de ambos por aplicación del principio de igualdad, en los dos momentos en análisis, durante el matrimonio y producida la separación. Se innova en cuanto a la consideración de quien vive en la vivienda familiar y su carácter, como en el factor tiempo referido tanto a la duración de la unión conyugal como así el tiempo de la separación de hecho. (p. 688, 692 y 693, t. II, Código Civil y Comercial de la Nación, Com. Ricardo Luis Lorenzetti).

"Si bien en la actualidad los roles dentro del matrimonio no son tan diferenciados como en épocas anteriores —pues, en general, ambos esposos son proveedores de recursos económicos para el sostén del hogar, más allá del supuesto de matrimonio de personas del mismo sexo—, ello no impide la fijación de alimentos a favor de uno si necesita del aporte económico del otro para sustentarse, cuando el demandado haya sido quien asumió la responsabilidad económica principal y el otro la realización de las tareas domésticas. Sea que convivan o que estén separados de hecho, las tareas del hogar, la dedicación y el tiempo que emplea uno de los padres para atender y cuidar la salud y educación de los hijos, tienen un valor económico en tanto implican esfuerzos que se sustraen a la posibilidad de

obtener empleos o trabajos remunerados fuera del hogar, a la vez que también sirven para evitar mayores erogaciones..

La edad es también un factor determinante que, en general, condiciona la posibilidad de acceso al mercado laboral. Si una persona no ha trabajado durante la mayor parte de su vida, y está próxima a la edad de jubilarse, le será más difícil insertarse en el mercado laboral y será menor la calidad del empleo que eventualmente pueda obtener." (p. 54, t. II, CCyC Com. Infojus, Herrera-Caramelo-Picasso).

Yendo al caso particular en estudio, llega firme la legitimación para recibir alimentos por encontrarse separados de hecho, conforme art. 432 del Código Civil y Comercial. Luego, se discute la valoración de la prueba rendida a los fines de la cuantificación de la cuota, la juzgadora de origen ha considerado los argumentos de la perseguida, tales su edad y el rol familiar, más surge que le asiste razón en cuanto no se ha ponderado suficientemente la dificultad para obtener empleo debido a la edad y la falta de capacitación y experiencia, con remisión en tal sentido al informe social transcripto.

No obstante, también debe tenerse en cuenta que la alimentista goza de la vivienda familiar, que la unión duró aproximadamente ocho años y hace más de veinte años que se encuentran separados de hecho. Por lo demás, queda claro que no se ha acreditado incapacidad laboral alguna, más allá de las afecciones crónicas evidenciadas, tal lo admite la apelante.

Atento las pautas referidas en la norma y valorando las condiciones fácticas enunciadas, deberá elevarse el porcentaje fijado a 15%, teniendo especialmente en cuenta la imposibilidad de acceder a un puesto de trabajo provechoso en virtud de la compleja situación que surge de la edad, el estado de salud y la calificación profesional, todo ello en directa relación con el rol cumplido en el núcleo familiar, en el marco de una separación de hecho de larga data.

En un caso similar se ha fijado el mismo porcentaje, diciendo: "Durante la separación de hecho rige el art. 198 del Código Civil, manteniéndose en consecuencia la obligación de asistencia material entre cónyuges. El título matrimonial obliga a mantener, durante la separación de hecho y en tanto subsistan las circunstancias económico financieras que prestaban marco a la vida conyugal, la misma situación que gozaba cada cónyuge cuando convivían, con la única salvedad de deducir de la renta generada los mayores gastos que se sigan con motivo del distanciamiento, siendo ésta la solución que adopta el nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación, cuyo art. 432 dispone que los cónyuges se deben alimentos durante la vida en común y la separación de hecho.

El carácter recíproco del deber alimentario permite concluir que a partir de la introducción del art. 198 al Código Civil por la Ley 23.515, el cónyuge separado de hecho que reclama alimentos tiene la carga de probar que, por causa de los roles asumidos por cada uno durante la vida en común, el otro proveía los alimentos, y debe seguir aportándolos durante la separación de hecho, para atender a su propio mantenimiento y del hogar, sea en forma total o parcial." (Tribunal: Cámara de Familia de Mendoza, Fecha: 13/05/2015, Partes: R., S. c. O., E. s/ alimentos, ALIMENTOS - Entre cónyuges - Durante la separación de hecho - Procedencia. Prueba a cargo del cónyuge reclamante, Abeledo Perrot Newsletter Diario 14.7.2015).

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteara el recurso, deberá hacerse lugar a la apelación, modificando el fallo recurrido según se expresa supra, con costas en la alzada a cargo del alimentante, a cuyo efecto deberán regularse oportunamente los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Modificar la resolución dictada a fs. 187/190 vta., elevando el porcentaje fijado al 15%, de conformidad a lo establecido en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las cuotas de Alzada al alimentante (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"LUDUEÑA RAUL HECTOR S/ SUCESION AB-INTESTATO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 501424/2014) – Interlocutoria: 497/15 – Fecha: 15/12/2015

DERECHO CIVIL: Sucesiones.

PROCESO SUCESORIO. APERTURA A SOLICITUD DEL ACREEDOR CESIONARIO DE DERECHOS LITIGIOSOS. LEGITIMO ABONO.

Si bien, el acreedor puede instar el proceso sucesorio siempre que los titulares de la herencia no lo hagan, su crédito sólo puede ser ejecutado si es reconocido como de legítimo abono, de lo contrario, cualquier disputa referida al mismo deberá ser ventilada en un proceso independiente.

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de Diciembre del año 2015
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados "LUDUEÑA RAUL HECTOR S/ SUCESION AB-INTESTATO" (Expte. EXP N° 501424/2014) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,
CONSIDERANDO:
I.- Que el acreedor peticionante interpone recurso de apelación contra la providencia simple del 19 de agosto del 2015 (fs. 61), presentando memorial a fs. 77.
Argumenta que la juez de grado incurre en arbitrariedad al denegar el tratamiento de los derechos que invoca cuando la ley reconoce la facultad de iniciar el proceso de sucesión a los efectos de hacerse de sus acreencias, en el caso escrituración del bien a su nombre.
Solicita se revoque el fallo recurrido, haciendo lugar a lo pedido.
Corrido el pertinente traslado la interesada presentada no contesta.
II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis establece que el procedimiento sucesorio tiene por finalidad determinar los bienes dejados por el causante y las personas que habrán de heredarlos, y que las peticiones extrañas a ello deberán cursar por el proceso pertinente. Referido ello tanto a la ex cónyuge como al acreedor presentados en autos. Lo que es ratificado en aclaratoria de fs. 73.
De las constancias de autos surge que el presente proceso sucesorio fue iniciado por un acreedor, cesionario de derechos litigiosos ventilados en la causa "Ludueña Hector Raul c. Gonzalez Susana s. división de bienes", expte. n° 26.970/6 (fs. 4 y 7); y que se presenta la ex esposa del fallecido, demandada en el expediente citado, impugnando la presentación formulada y denunciando que el causante se encontraba inhibido para ceder o vender bienes (fs. 36 y 46.).

El artículo 2357 del Código Civil y Comercial dispone expresamente:

"Declaración de legítimo abono. Los herederos pueden reconocer a los acreedores del causante que solicitan la declaración de legítimo abono de sus créditos.

Emitida tal declaración por el juez, el acreedor reconocido debe ser pagado según el orden establecido por el artículo siguiente. A falta de reconocimiento expreso y unánime de los herederos, el acreedor está facultado para deducir las acciones que le corresponden." (cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; 2289 y 2335 del Cód. Civ. y Com.; y 719 del Cód. Proc.).

Los acreedores del causante pueden iniciar el proceso sucesorio transcurrido los plazos legales de la norma procesal citada, previa intimación a los herederos para que acepten o renuncien la herencia, salvo que medien circunstancias suficientemente atendibles que justifiquen un apartamiento de tal principio. En el supuesto de desconocerse la existencia de presuntos herederos corresponde citar al representante del Consejo Provincial de Educación (cfme. art. 760 del CPCC). Ellos pueden también requerir que sus créditos sean declarados de legítimo abono, lo que se encuentra supeditado a la conformidad de los herederos. Desconocido el crédito invocado, o frente al silencio guardado por todos o algunos de los herederos, en razón de ser el sucesorio un proceso voluntario, el acreedor o acreedores interesados deben hacer valer su derecho mediante el planteamiento de la pretensión correspondiente que se convierte, de tal manera, en el objeto de un proceso autónomo. (p. 375 y ss. t. IX, Derecho Procesal Civil, Palacio).

Atento los elementos fácticos reseñados y el marco legal estipulado, no queda más que confirmar lo resuelto por la magistrada en cuanto al objeto del proceso sucesorio y la participación que le cabe al acreedor en el mismo, sin dejar de advertir que en autos se ha omitido dictar providencia sobre la situación de los herederos y en su caso citar al representante legal del Consejo Provincial de Educación.

Si bien, el acreedor puede instar el proceso sucesorio siempre que los titulares de la herencia no lo hagan, su crédito sólo puede ser ejecutado si es reconocido como de legítimo abono, de lo contrario, cualquier disputa referida al mismo deberá ser ventilada en un proceso independiente.

Tiene una intervención limitada a aquellos trámites mediante los cuales es posible determinar quienes son los sucesibles, y a fin de solicitar medidas indispensables para el aseguramiento de su crédito (art. 715 del CPCC). El acreedor no debe ser considerado estrictamente como parte en el proceso; cuando los herederos muestren razonable y efectiva actividad impulsora y diligente, cesa la razón de la intervención de los acreedores.

En casos similares, la jurisprudencia ha dicho: "SUCESIÓN. Iniciación por el acreedor. Deudas de expensas comunes del causante. Potestades del acreedor. Requisitos. Costas. "1.- Si en virtud de una transmisión sucesoria, el heredero resulta titular de dominio del inmueble sobre el que recae la deuda por expensas, el consorcio acreedor puede peticionar la apertura del sucesorio en cuestión ante la inactividad del heredero. 2.- Las cuestiones respecto a la existencia o no de la deuda reclamada por el consorcio que sirve de sustento para invocar su calidad de acreedor del causante, deberán ser dilucidadas en los expedientes conexos -ejecución y consignación de expensas- donde el sucesor podrá acreditar los extremos alegados respecto a la supuesta sinrazón de la acción promovida por el representante legal del consorcio de copropietarios.

3.- Para que la presentación del inicio de la sucesión formulada por los acreedores del causante adquiera efectividad, deberá haber transcurrido cuatro meses desde el fallecimiento (art. 694, Código Procesal) y haberse intimado previamente a los herederos para que acepten la herencia, en un plazo que no ha de pasar de 30 días (art. 3314, Código Civil). Sólo una vez cumplidos estos recaudos, los acreedores están facultados para promover por sí mismos la sucesión. 4. - En estos supuestos, dadas las particularidades del caso y en la inteligencia las costas deberán imponerse en el orden causado, toda vez que la demandada pudo razonablemente creerse con derecho a peticionar. (Sumario N° 21075 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil)." (Auto: COCQUEREL, Maurice Armand Theobald s/ SUCESIÓN. - CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. - Sala: Sala D. - Mag.: BARBIERI, SANCHEZ, BRILLA DE SERRAT. - Tipo de Sentencia: RELACION - Fecha: 25/04/2011 - Nro. Exp.: D558982 – LDT).

"SUCESION - LEGITIMO ABONO. "El pedido que formula un acreedor para que se declare su crédito contra el causante como de legítimo abono y que se le abone de inmediato no tiene más valla que la voluntad de los herederos, que

pueden aceptarlo o no. Ante la oposición formulada por todos o alguno de los herederos, no cabe la apertura a prueba del incidente de legítimo abono y el acreedor no tiene mas alternativa que intentar la vía que le hubiera correspondido en vida del causante, sin que obste tal conclusión el cambio de sujeto pasivo o el fuero de atracción que impone el sucesorio. No habiendo la explícita conformidad de todos los herederos o, lo que es lo mismo, mediando la oposición de uno solo de ellos, no puede declararse el crédito como de legítimo abono, vale decir, no se puede tener al peticionario como "acreedor reconocido" en los términos de los arts.3474/5 del Cód.Civil." (REFERENCIA NORMATIVA: CCI Art. 3474; CCI Art. 3475, CC0001 SI 51523 RSI-96-90 I, Fecha: 22/02/1990, Caratula: Pirán Balcarce Carlos y Martínez Castro María s/ Sucesión ab-intestato, Mag. Votantes: Montes de Oca - Furst – Arazi- LDT).

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteara el recurso, deberá rechazarse la apelación, confirmando la resolución recurrida en todo cuanto ha sido materia de agravios, sin costas en la alzada teniendo en cuenta el tipo de incidencia suscitada. Por lo demás, deberá el tribunal ordenar el proceso y citar a quien corresponda de conformidad a lo expresado supra.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución dictada a fs. 69 y vta, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios, debiendo el Juzgado ordenar el proceso y citar a quien corresponda, de conformidad a lo expresado supra.

2.- Sin costas de Alzada teniendo en cuenta el tipo de incidencia suscitada.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"DARMUN JULIA C/ AVILA CLARA Y OTROS S/ DESALOJO SIN EXISTENCIA DE CONTRATO DE LOCACIÓN (COMODATO, OCUPACIÓN, ETC.)" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 504299/2014) – Interlocutoria: 508/15 – Fecha: 22/12/2015

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

DESALOJO. ENTREGA DEL INMUEBLE AL ACCIONANTE. INTRUSIÓN. FALTA DE CONTESTACION DE LA DEMANDA. DISIDENCIA.

1.- [...] el desalojo anticipado que regula el art. 680 bis del Código Procesal, aplica a los desalojos que se promueven en contra de los intrusos y que ésta desocupación inmediata se puede superponer en su contenido con el objeto de la sentencia que abordará el fondo de la cuestión. Consecuentemente, las circunstancias deben evaluarse con mucha atención. (Del voto del Dr. GHISINI, en mayoría).

2.- Corresponde confirmar el auto que denegó la entrega inmediata del inmueble en los términos del art. 680 bis del código de rito, pues en la causa se encuentra controvertido la calidad de intruso del demandado, lo que exige del juzgador una

mirada más exigente y severa para decir de su configuración. (Del voto del Dr. GHISINI, en mayoría).

3.- [...] resulta acreditada en autos la fuerte probabilidad de que el derecho de los actores se concrete y que proceda su satisfacción directa y total, y procedente entonces garantizar su tutela efectiva a través de una sentencia anticipatoria de desocupación para que aquellos, en su calidad titulares del dominio perfecto del inmueble, recuperen su uso y goce, máxime luego de que los accionados dejaran incontestada la demanda que era la oportunidad de exteriorizar un mejor derecho, omisión con la que también evidenciaron su insolvencia para atender eventuales consecuencias de sus actos, incluso los vinculados a la seguridad por el uso y las reformas que se están realizando en el bien, y que pueden afectar a terceros no anoticiados de estas acciones que ingresen en el futuro. (Del voto del Dr. MEDORI, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de diciembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "DARMUN JULIA C/ AVILA CLARA Y OTROS S/ DESALOJO SIN EXISTENCIA DE CONTRATO DE LOCACIÓN (COMODATO, OCUPACIÓN, ETC.) (Expte. Nº 504299/2014) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 4 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ, y

El Dr. Ghisini, dijo:

I.- La parte actora a fs. 103/106, interpone recurso de apelación contra el auto de fs. 102 y vta., en cuanto no hace lugar a la entrega inmediata del inmueble en los términos del art. 680 bis del Código de Procesal.

Señala el recurrente que en la providencia atacada peligrosamente se presume que lo dicho por los ocupantes en la diligencia preliminar es cierto, e incluso se extiende de alguna manera lo manifestado por los mismos, al intuir que existe un contrato de locación no escrito, cuando la misma ocupante manifestó que se encuentra "sin contrato de locación" y que le abona dinero sin recibir recibo alguno a un tal señor Julio, intuyéndose su nombre completo y su carácter de encargado, en base a lo manifestado por un vecino del lugar.

Afirma que, de la simple lectura surge que el fundamento para rechazar la medida se basa en manifestaciones de los ocupantes de las unidades N° 3 y 5, no existiendo razón alguna para rechazar la medida respecto de las demás unidades funcionales.

Indica que, la misma providencia incurre en un contrasentido al establecer que los locatarios no revisten el carácter de intrusos en el sentido estricto de la palabra, esto es que se hayan introducido sin derecho, o por la fuerza o por vía de hecho, etc., y seguidamente refiere que "abonan el alquiler al encargado del lugar Sr. Julio Alberto Sandoval, como razón para no considerarlos intrusos, como si esa persona tuviera derecho alguno a prestar acuerdo sobre el inmueble.

Argumenta que, los demandados individualizados y que manifestaron estar "alquilando" se los notificó numerosas veces hasta ser declarados en rebeldía, habiéndoseles otorgado la posibilidad de defenderse y justificar de alguna manera sus dichos, sin haber utilizado su oportunidad para presentar alguna prueba, porque de hecho no la tienen.

Menciona que, según art. 63 del CPCyC, desde que el litigante ha sido declarado en rebeldía, a pedido de la otra parte, se pueden solicitar las medidas precautorias necesarias para asegurar el objeto del juicio, entre las que se encuentra el desahucio anticipado dispuesto en el art. 680 bis del CPCyC.

Sostiene que, los fundamentos para el rechazo de la medida se están refiriendo a dos de las cinco unidades funcionales y los mismos están basados en dichos de los ocupantes que además son muy imprecisos (Vg. "Sr. Julio", pagos sin recibo ni contrato, etc.). Además, las mismas personas que realizaron dichas afirmaciones fueron notificadas numerosas veces y terminaron siendo declaradas en rebeldía, lo cual, a su entender es una clara muestra de la inverosimilitud de sus dichos y que en realidad se encuentran allí en carácter de "intrusos".

Sustanciado el recurso, los demandados no contestan.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, debemos decir que el desalojo anticipado que regula el art. 680 bis del Código Procesal, aplica a los desalojos que se promueven en contra de los intrusos y que ésta desocupación inmediata se puede superponer en su contenido con el objeto de la sentencia que abordará el fondo de la cuestión. Consecuentemente, las circunstancias deben evaluarse con mucha atención.

La jurisprudencia es restrictiva en cuanto a la concesión de la medida solicitada, debido a que el lanzamiento anticipado debe ser ordenado con suma prudencia, teniendo en cuenta los daños irreparables que se podrían producir de verificarse un lanzamiento en un proceso después rechazado, aun cuando se hubiera fijado una caución real (confr. Gozaini, Osvaldo Alfredo, "Cód...Proc." Comentado, Art. 680 Bis, págs. 430/431).-

Es así, que en la causa se encuentra controvertida la calidad de intruso alegada por la actora, lo que exige del juzgador una mirada más severa para establecer su configuración.

Intruso, strictu sensu, es aquel que entra a detentar el inmueble por un acto unilateral suyo y no por la entrega voluntaria de la cosa por quien tenía un derecho sobre ella. El intruso se encuentra en relación con la cosa sin ningún derecho originario ni regularmente conferido (conf. Autos: Rojas Emilio Luis y Muñoz Saturnina; En J: Perez Carlos Alberto C/ Luis Rojas y Ot. S/ Desalojo – Inconstit.- Ubicación: S262-122 Expte.: 55797. Mag.: KEMELMAJER DE CARLUCCI-ROMANO-MOYANO - SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - Circ. 1 SALA 1 07/12/1995), lo que en autos se encuentra controvertido –y surge también de fs. 21/22 vta. del acta de constatación realizada a pedido de la actora- y deberá ser acreditado oportunamente en la etapa de prueba.

En cuanto a las consideraciones expuestas en relación a la rebeldía (art. 59 del CPCyC), diremos que ella sólo constituye una presunción, pero no importa un reconocimiento de los hechos afirmados por el adversario, ni que su pretensión, por el sólo hecho de la rebeldía, sea admitida. Ello precisamente en función de que la inactividad de una de las partes no puede ser causa suficiente para que se le atribuya a la otra la razón, sino que, aun estando la contraparte rebelde, debe comprobar la veracidad de los hechos alegados por su parte como fundamento de su pretensión.

Por lo expuesto, cabe confirmar la resolución apelada, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas de Alzada a la recurrente.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

I.- Que habré de disentir con el voto que antecede, propiciando al acuerdo que revocando la decisión apelada y como sentencia anticipatoria en los términos del art. 680bis del CPCyC, se condene a los demandados y/u ocupantes a la entrega del inmueble sito en la calle Tres Arroyos Nro. 235 de la ciudad de Neuquén (Lote 4 de la Manzana 7 con Matricula 4130-Confluencia) a los actores dentro del plazo de diez (10) días de notificados, bajo apercibimiento de deshaucio a cuyo fin podrá requerirse el apoyo de la fuerza pública; todo ello, con expresa imposición en costas a los accionados (art. 68 del CPCyC).

II.- Que el art. 680 bis incorporado al código del rito por la Ley 2145, bajo el título "Entrega del inmueble al accionante" habilita acceder al planteo introducido por los actores al regular que:

"En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuere verosímil, y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar".

Como con el oficio obrante a fs. 21/25 emitido en la sucesión de "EDDI DE DARMUN, Raquel s/ Sucesión" (Exte. 13665-F°108-Año 1985) que ordena la inscripción del bien sito en la calle Tres Arroyos Nro. 235, Lote 4 de la Manzana 7 con Matricula 4130-Confluencia, y mediante el informe de dominio de fs. 7/9 que acredita su inscripción registral, así como,

con la constancia de pago de impuestos de fs. 10/20, los actores han acreditado ser los titulares dominiales del bien donde se encuentra asentada edificación que ocupan los demandados, esto último, conforme la constatación que refleja el acta de fs. 21/22 cumplida el 27 de agosto de 2014 en la causa agregada por cuerda "DARMUN, JULIA S/ DILIGENCIA PRELIMINAR" (Exte. 502.831/2014), resultando de ella que, requeridos para que se identifiquen e informen su calidad, algunos lo hacen e indican locación desde hace tres años sin contrato escrito, sin exhibir recibo de pago de canon, señalan a un tercero a quien le abonarían y admiten estar realizando "remodelaciones".

Que los demandados no han contestado la demanda, por lo que, conforme el tipo de proceso asignado al juicio de desalojo, y en principio, se encuentra precluida la posibilidad de cumplir actos procesales relacionados con el derecho que pudiera haber invocado, tanto como el procesal que dejaron de ejercer demandados y ocupantes, tal los de ofrecer y producir prueba a su respecto (arts. 355, 356, 377, 378,486, 489 s.s. y c.c. del CPCyC).

En la presente demanda de desalojo fundada en los arts. 2506, 2507 y 2513 del Código Civil, y arts. 680 y 680 bis del CPCyC, además en la citada documental y expediente de la diligencia previa cuya autenticidad no fue desconocida, resulta que la restante, declaración confesional de los accionados -también ofrecida- se evidencia inconducente atendiendo la conducta procesal de éstos al no presentarse y mantenerse rebelde en estas actuaciones.

Por ello, aún cuando a la incontestación de la demanda no le sigue que pueda tenérsela como un allanamiento ni admisión de todos los hechos, lo cierto es que emerge verosímil el derecho real de los actores derivado del dominio perfecto que titularizan sobre el bien (art. 1941 del C.C.yC.), continuadores del ejercicio del poder que detentaba el causante conforme oficio de inscripción registral librado en el sucesorio (fs. 21/25), y fundamentalmente, a los fines de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de la cosa, sin que a su respecto se haya aportado elemento alguno para considerar que se aquel se encuentre limitado por otro poder de hecho o que se hayan desprendido voluntariamente de su tenencia.

Por otra parte la incomparecencia a la causa de los perseguidos también permite tener como probable su insolvencia para afrontar las consecuencias de su ocupación y los daños que podrán afectar al bien, admitido que al menos una de las unidades se encuentra en proceso de "remodelación", y con ello, la situación de peligro para los mismos ocupantes por la precariedad de las instalaciones eléctricas y de gas, tal como lo denuncian los actores, incluso en relación a terceros a los que le puedan facilitar el ingreso en el futuro.

Así, aún cuando el peligro en la demora no sea uno de los presupuestos legales y sea la mayor o menor verosimilitud del derecho la que relativice la contracautela a otorgar por los eventuales daños y perjuicios, lo cierto es que en el caso, y conforme lo señalado en el párrafo anterior, también confluye "la posibilidad de que de no tomar la medida, el peticionante pueda sufrir un daño grave e irreparable", que tanto doctrina y jurisprudencia han estimado debe concurrir (conf. Fenochietto-Cód. Proc. Civ.y Com. de la Nación Anot. y Concordado, T° 3, p. 571/2- CNCiv., Sala C, 14/8/97, LL, 1998-B.14).

III.- La medida de desalojo inmediato regulada en el art. 680 bis del CPCyC -con semejante redacción a los arts. 517, 2do. párrafo del CPCC de Santa Fé, 399 quater del CPCyC de Mendoza, 677 bis del CPCBA, 680 bis y 684 bis del CPCN –encuadra dentro de la tutela anticipada, encontrando un sólido fundamento constitucional en el derecho a la jurisdicción, el principio de acceso a la justicia y el principio de justicia pronta, desde la visión señera del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, expresada en el llamado bloque de constitucionalidad federal. Sin embargo debemos destacar, que la tutela anticipada no persigue como finalidad asegurar el objeto del proceso o la eficacia de la sentencia, función típicamente cautelar, sino adelantar total o parcialmente la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción de tal pretensión urgente deriva un perjuicio irreparable. Así las cosas para el despacho de las medidas de tutela anticipada debe ponderarse la irreparabilidad del perjuicio del sujeto que la requiere y la concurrencia de un derecho probable o justificado tal como lo establece la norma en estudio. En relación a dicha tutela anticipada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso que "todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida cautelar debe acreditar prima facie la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las

razones que justifican resoluciones de esa naturaleza" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/03/2006, "Provincia del Neuquén c. Estado Nacional", LA LEY 05/07/2006, 10 – DJ 14/06/2006, 496).

Para concluir y coincidiendo con la jurisprudencia imperante, entendemos que si el juicio no se define con celeridad resultante de una conducta procesal cooperativa del demandado, se deben encontrar soluciones prontas y equitativas, porque de lo contrario se vulnera el principio de igualdad sustancial antes que formal, en la medida en que el demandado se beneficia con la demora y el actor se perjudica, pues de otra forma el acceso a la justicia y el derecho a una justicia rápida y efectiva queda convertida en mera expresión de deseos. (conf. Carina V. Suarez -El Desalojo Inmediato de Intrusos, en Orientación Legal para Todos, 8 JUNIO, 2011).

Una de las características salientes de la denominada tutela anticipada radica en que el despacho cautelar mantiene su carácter instrumental respecto de la sentencia de fondo, a diferencia de las medidas autosatisfactivas; así, la jurisprudencia ha señalado que "para el despacho de las medidas de tutela anticipada debe ponderarse la irreparabilidad del perjuicio del sujeto que la requiere, la concurrencia de un derecho probable o justificado y dada su provisionalidad, que el bien anticipado por la resolución sea susceptible de restitución si la medida de tutela anticipada es derogada o si bien no es confirmada por el propio resultado del proceso". (Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial y Minas Nro. 10 de Mendoza, 28/12/2001, "Canevano, Carlos c. Rosales, Claudio") ("Fadelli de Graffigna, Liliana Irene c/ Sosa, María Ángela p/ Desalojo anticipado" Exte. 38.592/118.425 Sent. 28.11.2006, Primera Cámara en Lo Civil de la Provincia de Mendoza, en V/lex Argentina).

En definitiva, resulta acreditada en autos la fuerte probabilidad de que el derecho de los actores se concrete y que proceda su satisfacción directa y total, y procedente entonces garantizar su tutela efectiva a través de una sentencia anticipatoria de desocupación para que aquellos, en su calidad titulares del dominio perfecto del inmueble, recuperen su uso y goce, máxime luego de que los accionados dejaran incontestada la demanda que era la oportunidad de exteriorizar un mejor derecho, omisión con la que también evidenciaron su insolvencia para atender eventuales consecuencias de sus actos, incluso los vinculados a la seguridad por el uso y las reformas que se están realizando en el bien, y que pueden afectar a terceros no anoticiados de estas acciones que ingresen en el futuro.

En relación a la contracautela prevista en la norma legal aplicada, en forma previa al cumplimiento de la presente, los actores deberán otorgar caución real por la suma de Pesos cincuenta mil ($50.000,00) por los eventuales daños y perjuicios que se puedan generar.

IV.- Conforme los antecedentes fácticos y jurídicos expuestos, y concretamente el objeto del pleito, acogiendo el recurso interpuesto por los actores, propiciaré al acuerdo que, revocando la decisión apelada y como sentencia anticipatoria en los términos del art. 680bis del CPCyC, condenar a los demandados y/u ocupantes a la entrega del inmueble sito en la calle Tres Arroyos Nro. 235 de la ciudad de Neuquén (Lote 4 de la Manzana 7 con Matricula 4130-Confluencia) a los actores dentro del plazo de diez (10) días de notificados, bajo apercibimiento de deshaucio a cuyo fin podrá requerirse el apoyo de la fuerza pública, debiendo los últimos en forma previa a su cumplimiento, constituir garantía real por la suma de Pesos cincuenta mil ($50.000,00).

V.- Las costas se imponen a los demandados en su calidad de vencidos (art. 68 del CPCyC), debiéndose regular honorarios en oportunidad en que existan pautas a tal fin (art. 27 de la Ley 1584).

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el Dr. Jorge PASCUARELLI, quien manifiesta:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Ghisini, adhiero al mismo.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

1.- Confirmar la providencia de fs. 102 y vta., en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (arts. 68 y 69 C.P.C.C.).

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo J. Medori - Dr. Jorge Pascuarelli

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"RINALDI JULIO DOMINGO C/ RIVA S.A.I.C.I.C.F.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 399315/2009) – Sentencia: 191/15 – Fecha: 22/12/2015

DERECHO LABORAL: Accidente de trabajo.

ACCION CIVIL. TRABAJADOR ACCIDENTADO MIENTRAS EMPLEABA UNA MAZA. RELACION DE CAUSALIDAD. VALORACION DE LA PRUEBA. CULPA DEL TRABAJADOR. AUSENCIA DE PRUEBA. INCAPACIDAD FISICA. QUANTUM INDEMNIZATORIO. PERDIDA DE CHANCE. ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO. LEY DE SEGUROS. CITACION. FALTA DE CONDENA.

1.- Cabe confirmar la sentencia que condena a la empleadora a reparar los daños y perjuicios en la acción civil que le iniciara el trabajador por el infortunio sufrido mientras montaba un andamio, ya que al encontrarse debidamente demostrada la relación de causalidad entre el hecho y el daño, la empresa demandada no ha logrado probar la culpa del actor en la producción del siniestro, ello en función de que precisamente éste ha demostrado -a través de la prueba analizada (principalmente con las testimoniales rendidas)- las malas condiciones en que se encontraba la maza con la que trabajaba, como así la falta de elementos de seguridad para su empleo seguro (mango de goma), situación ésta que torna operativa la responsabilidad de la firma en el accidente sufrido por el operario en ocasión y con motivo de cumplir tareas en la obra. (Del voto del DR. GHISINI).

2.- En el caso particular, no se indemniza la pérdida de la chance, sino que para determinar el quantum indemnizatorio por la incapacidad física probada, se tiene en cuenta, como una pauta más, la repercusión que a nivel de chance u oportunidades han mermado como consecuencia de las secuelas del accidente objeto de autos. (Del voto del DR. GHISINI).

3.- Corresponde confirmar la sentencia en cuanto exime de responsabilidad a la ART quien fue citada al proceso en los términos del art. 117 de la Ley de Seguros, pues las prestaciones indemnizatorias derivadas del régimen de la LRT han sido cumplidas por la ART y, por lo tanto su responsabilidad se encuentra agotada. Por otra parte, desde un punto de vista procesal, la ART no ha sido demandada en autos, sino que su

llamamiento al proceso se produce a través de la citación efectuada por la empleadora demandada, [...]. (Del voto del DR. GHISINI).

4.- En punto a la responsabilidad, enmarcado el supuesto en los términos del art. 1113 del Código Civil y habiéndose alegado como defensa la eximente de "culpa de la víctima" era carga de la demandada la acreditación de configuración en forma contundente. Es que el artículo 1113 del Código Civil, derecho vigente al momento y, por ende, aplicable en el supuesto que aquí se analiza, dispone una presunción objetiva de responsabilidad que requiere, para su destrucción, justificar la culpa de la víctima; y esa culpa debe ser fehacientemente acreditada, no bastando las meras inducciones o conjeturas acerca de la probable conducta seguida. (Del voto de la Dra. PAMPHILE).

5.- En cuanto a la queja relativa a la falta de condena de la Asegurado de Riegos, debo también coincidir con el desarrollo efectuado por el Dr. Ghisini, en orden a la posición que mantuviera, entre otros, en autos "NAVARRETE HUGO A. c/ RIVA S.A. LUCIANO S.A. UTE s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. Nº 343.739/06), de la Sala I, que integro. [...]. Ello así, (...) los agravios vertidos –por la empleadora- se circunscriben a cuestionar que no se haya condenado a la ART, por el incumplimiento de los deberes de control en materia de seguridad e higiene, pero nada se alega en relación al incumplimiento de sus obligaciones en el marco de la LRT. (Del voto de la Dra. PAMPHILE).

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de diciembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "RINALDI JULIO DOMINGO CONTRA RIVA S.A.I.C.I.C.F.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" (EXP Nº 399315/2009) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA CIVIL Nº 5 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y la Dra. Cecilia PAMPHILE, por encontrarse apartado de la causa el Dr. Marcelo MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia de fs. 580/593 declaró la inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley de Riesgo de Trabajo e hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por el señor Julio Domingo Rinaldi, y en su mérito condenó a Riva S.A.I.C.I.C.F.A. y a Luciano S.A., a abonar al actor la suma de $34.776 con más sus intereses determinados en el considerando respectivo.

A su vez, hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Liberty ART. S.A.

II.- A fs. 597 la parte demandada interpone recurso de apelación contra esa sentencia, cuya fundamentación luce a fs. 615/621, la cual es respondida por el actor a fs. 626/629 y por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo a fs. 641/644 vta.

Agravios de los demandados.

Sostienen, en primer término, que les causa agravio que la a quo tiene por probada su responsabilidad en la producción del daño, con base en las testimoniales ofrecidas por el demandante, olvidando la restante prueba producida, sin fundamento alguno; debido a que sólo cita a los testigos: Rivarola, Morales y Marilao, para dar por cierto el estado de la maza y la actividad desplegada por el accionante; pero no tuvo en cuenta las testimoniales de los Sres.

Rojas, Salazar Centurión y Villalba, quienes aseveraron que la maza se encontraba en buen estado, su peso, la entrega de los elementos de seguridad y las medidas que se adoptaban en obra.

Manifiestan, que la jueza luego de efectuar una introducción sobre las características del juicio incoado, señala la diferencia que existe entre éste –indemnización integral de la acción civil- y el reclamo de la tarifada pero amplia al campo de la responsabilidad patronal, pero sin embargo comete arbitrariedad al valorar la prueba producida por las partes.

Agregan, que se puede observar de los controles acompañados y constancias de visita por la ART, que de haber existido alguna herramienta en mal estado, la aseguradora hubiera ordenado su permuta.

Consideran, un yerro de la jueza el haber tenido por probado que la maza era una cosa peligrosa, cuando ella no es la que causa el accidente, sino por el contrario, el mismo se produce por el accionar del actor.

Afirman, que el actuar de Rinaldi fue el que provoca el accidente, al no ser adecuado para realizar la tarea encomendada y que se equivoca el tribunal al no valorar la totalidad de las pruebas rendidas, ya que de las mismas surge que el siniestro ocurrió por una mala maniobra del propio trabajador.

Mencionan, que el presupuesto fáctico alegado en la demanda, versa sobre el estado de desgaste presuntamente existente en la maza, circunstancia que no se probó en autos pese al esfuerzo de la a quo de pretender tenerlo por acreditado con tres compañeros del accionante. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

Interpretan, que es erróneo y contrario a la ley que la jueza confunda la causalidad material con la jurídica.

En segundo lugar, cuestionan que se acogiera el reclamo haciendo una suerte de englobamiento dentro del rubro genérico de indemnización por incapacidad.

Expresan, que yerra la jueza al no merituar que el actor no se vio en momento alguno imposibilitado de trabajar, pues de la prueba documental surge que renunció a su trabajo en la UTE en enero de 2007 y de la informativa a la AFIP se desprende que entre el año 2007 y 2008 trabajó para cuatro empresas, lo cual no fue impugnado por el reclamante.

Dicen, que quedó probada con la informativa al Director del Hospital de Senillosa, la autenticidad de los certificados médicos, en cuanto a las fechas, contenido, firma y atenciones brindadas al actor, por ende quedó demostrado que luego del alta médica del accidente continuó faltando a su trabajo y no por razones vinculadas a su dolencia sino por otras totalmente disímiles.

Critican, que no se haya rechazado el ítem de pérdida de chance cuando el señor Rinaldi se accidenta a un mes de haber ingresado, estuvo en reposo 7 meses y luego no trabaja sino que presenta certificados médicos por hechos ajenos al accidente y luego renuncia. Por tanto, no surgen claros los parámetros tenidos en cuenta para asignarle una indemnización por tal concepto.

En tercer lugar, atacan la eximición de responsabilidad de la aseguradora de riesgos del trabajo, al entender que si de los fundamentos del fallo existió responsabilidad de su parte en el suceso por falta de cumplimiento de normas de seguridad no se podía eximir de responsabilidad a la ART, más allá del contrato de afiliación entre asegurado y aseguradora, y menos aun por aplicación de la Ley 24.557.

Establecen, que las normas legales en vigor no ofrecen dudas en cuanto a que pesan sobre las ART obligaciones concretas atinentes a la prevención de los infortunios laborales que se suman a las que la ley también fija para ser cumplidas con posterioridad al siniestro y que se relacionan con la provisión de asistencia médica acorde a la dolencia padecida por el trabajador, como al otorgamiento de las prestaciones dinerarias o en especie, cuando en el caso la jueza le otorga un cumplimiento excluyente como si la LRT únicamente pusiera como obligación a su cargo éstas últimas, hecho que con la simple lectura de la ley deviene como un cumplimiento parcial de sus obligaciones.

Refieren, que es mayor el deber de obrar de las ART por la profesionalidad que se les exige, a lo que se añade que su prestación es onerosa y, por autorización normativa, obtiene beneficios económicos como contrapartida de la prestación que prometen cumplir, que no se circunscribe al resarcimiento sino que abarcan el despliegue de acciones dirigidas a la prevención, porque así lo impone la LRT.

En consecuencia, se agravian por la total eximición de responsabilidad de la ART ya que existe relación causal adecuada entre las omisiones de la citada en garantía, reprochables a título de culpa y los daños padecidos por el demandante.

En conclusión, consideran que el fallo no constituye una derivación razonada del derecho, de la prueba producida, de la doctrina y la jurisprudencia, rayano a lo arbitrario atento a que el actor no ha probado nada a su favor.

Hacen reserva del caso federal para interponer el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos del art. 14 de la Ley 4.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, corresponde analizar en primer término, la mecánica del accidente y la relación causal entre éste y el daño sufrido por el trabajador.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto ha dicho: "cuando la víctima es un trabajador dependiente y el hecho que produjo el daño cuya indemnización se demanda ocurrió en ocasión y lugar del servicio laboral que aquél prestaba a su empleadora, no puede prescindirse, a los fines de la apreciación de la responsabilidad, del principio objetivo que emana del art. 1113, párrafo segundo, del Código Civil...En ese marco, basta que el damnificado pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa, para que quede a cargo de la demandada, como dueño o guardián del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quién no debe responder" (autos: "Rodríguez c/ Electricidad de Misiones S.A.", sentencia del 21/4/2009).(El resaltado me pertenece).

De modo tal, que de acuerdo con los hechos de la causa, el accidente se produjo cuando el actor se encontraba en su puesto de trabajo, al intentar clavar un hierro en la tierra para armar un andamio, es que se golpeó con una maza en su muñeca izquierda, provocándole una fractura en el estiloides cubital.

No se encuentra discutido aquí, que el infortunio se produjo al utilizar una maza para clavar las estacas de hierro, sino que la reyerta radica en si el accidente se produce por la conducta negligente de demandante o por la falta de elementos de seguridad necesarios y herramientas adecuadas para evitar o minimizar las consecuencias del mismo.

Así entonces, las partes disienten en cuanto a la responsabilidad, pues mientras el actor se la atribuye a la demandada por la falta de elementos de seguridad y de herramientas adecuadas para dicho trabajo, ésta última se excusa invocando la culpa de la víctima en su producción.

Consecuentemente, considero que a los fines de dilucidar la responsabilidad en el acaecimiento del infortunio objeto de autos, resulta de fundamental importancia desbrozar las pruebas rendidas en la causa.

Con esa finalidad, voy a escudriñar la prueba testimonial producida en el expediente, vinculada con el accidente, las herramientas utilizadas en la obra y los elementos de seguridad con que contaban los operarios.

De la declaración brindada a fs. 367/369, por el Sr. Marcelo Apolinario Rojas, encargado de obra de la empresa, respecto del accidente expuso: "...Se había golpeado con una maza en la mano, algo así. Yo no estaba en el lugar, pero me recuerdo que me informaron que se había accidentado con una maza..."

Sobre las herramientas utilizadas, afirmó: "... son mazas nuevas, los bordes son cuadrados, no son redondeados..."; y en relación a los elementos de seguridad para el personal de la obra, dijo: "...Si en general se le entregaron todos los elementos de seguridad, casco botines, guantes, ropa. Los que trabajan en altura se les entrega los arneses de seguridad..."

A fs. 270/271 el Sr. Osvaldo Salazar Centurión, capataz de la obra, sostuvo: "...Se golpeó la mano con la maza..." En cuanto al estado de las herramientas: "...estaban en excelente estado..." "...se entregaban todos los elementos de seguridad...Botines de seguridad, cascos, guantes, antiparras, sordinos. Si, se le entregaban los elementos de seguridad a todos los obreros...".

A fs. 422/423, declara la Sra. Fernanda Villalba, asesora de seguridad e higiene, quién manifestó: "...si me acuerdo que fue uno de los primeros accidentes de la obra, de lo que recuerdo de la investigación era con una maza chica, y estaba clavando un hierro, en la primera etapa se hacía todo el armado para la construcción del edificio, lo que recuerdo del accidente fue por una mala maniobra del obrero (Rinaldi), en la primer etapa de la obra las herramientas eran nuevas, no había problemas de la maza en sí, tenía los elementos golpeaba y le erró al hierro..." "...las mazas eran

nuevas porque recién comenzaba la obra, se utilizaban mazas chicas de dos kilos y medio" "...si fueron entregados al señor Rinaldi apenas ingresa a la obra, para ingresar a la obra debe contar con estos elementos: casco, gafas de seguridad, guantes, botines, y ropa de trabajo..." Asimismo, manifestó que el accidente fue: "...por mala maniobra y descuido del señor Rinaldi...".

De los testimonios transcriptos, se desprende que las herramientas que se utilizaron en la obra en cuestión eran nuevas y que al producirse el accidente, el Sr. Rinaldi contaba con los elementos de seguridad pertinentes (botines, casco, guantes de mano). Por lo tanto, y en función de estas declaraciones, la culpa del accidente habría sido del propio Julio Domingo Rinaldi, quién por una distracción o por un mal manejo de la maza, se habría lesionado su muñeca izquierda.

Sin embargo, y sin perjuicio de los testimonios precedentemente descriptos, también obran en autos otras declaraciones testimoniales; así a fs. 408/409 lo hace el Sr. Carlos Martín Rivarola, quien con respecto al accidente manifestó: "...si tuvo Rinaldi un accidente. Armando caballetes que le dio la empresa, nosotros teníamos que armarlos. Clavando un fierro con una maza fue el accidente. Lo sé porque trabajé para Riva. Estaba clavando un fierro en la tierra para armar caballetes..." "...La maza estaba mal, herramientas malas directamente. Una herramienta nueva es nueva, a esas herramientas ya no se les puede dar uso. Son viejas, los mangos mal, redondeadas las puntas. Habían herramientas, pero no todas buenas. Las herramientas que Rinaldi usaba era vieja, las puntas redondeadas, los mangos giraban. Los se porque trabaje para Riva. El estado de la maza era malo. Herramientas viejas. En lo que respecta a los elementos de seguridad, mencionó: "...Cascos y botines. Después la camisa que decía RIVA atrás, ropa de grafa por supuesto..." En cuanto a si la empresa entregaba algún otro elemento de seguridad específico en función de la tarea que realizaban los obreros dijo: "No, laburábamos sin los anteojos en la mola, no te entregaban nada directamente. Lo se porque labure para Riva." Al preguntársele al testigo en donde estaba él cuando ocurre el accidente, dijo:

"...Laburando en la cárcel para arriba, a cinco seis metros estaba él, cuando escuche el grito por supuesto...".

A su turno, a fs. 294 y vta., declaró el Sr. Roberto Oscar Morales, compañero de trabajo del actor, "...se golpeó la mano con la maza, estaba clavando un hierro para armar caballetes". "Tenía una maza y un hierro del 8 que estaba clavando, una maza de 4 kilos, 5". Sobre las condiciones generales de las herramientas, dijo: "Eran malas porque estaba medida suelta la maza y media redondeada, tenía un tiempo de uso se ve. Lo se porque yo la estuve usando". Detalla que al momento en que se produce el accidente, refiriéndose al actor, expuso: "El pegó un grito y se agarraba la muñeca. Se le escapó la maza, falló la maza y se pegó en la mano. Le pegó al hierro y donde estaba redondeada se ve que la maza patinó en el hierro y la maza el pegó en la muñeca...". En relación a los elementos de seguridad: "Si nos entregaban casco, botines, camisa, pantalón y los guantes...Por ahí entregaban arneses, no a todos porque no tenían los suficientes, y para la amoladora ni gafas tenían.

Para el trabajo que estaba haciendo Rinaldi al momento del accidente se ponen unas manoplas que tienen un agujero y entran en el hierro, se pone la mano abajo y se pone un protector redondo arriba, y eso evita que si le erras al hierro no te pegues en la mano, y eso no lo tenían ahí...". (el resaltado me pertenece).

A fs. 418/419 y vta., el Sr. Marín Marilao Cristian, manifestó:

"...Rinaldi se accidentó poniendo unas estacas de hierro del ocho, las cuales teníamos que armar unos caballetes ahí...Lo se porque yo también estaba trabajando a cinco metros de él más o menos. El estaba clavando unas estacas de hierro del ocho, con una maza. Era una maza grande que estaba bastante en malas condiciones, tampoco tenía un protector de goma que protege la mano directamente del que esta trabajando. Eso no existía. Mientras estaba laburando en varias oportunidades casi se pego en la mano con la misma maza y bueno en un momento por ser tan duro el suelo se le resbaló la maza del fierro donde le estaba pegando con la maza, se le resbaló y se pegó en la mano..." "...Las herramientas eran viejas. Y había pocas también para tanto personal. La maza no estaba parejita o nueva como tienen que estar para trabajar, estaba astillada, muy desgastada en las puntas, entonces no se podía trabajar bien con esa herramienta. Incluso había muchas herramientas que estaban arregladas, le habían soldado un fierro cuando ya no tenían mango directamente. Lo sé porque trabajé con las herramientas esas también..." "...Era una maza de cinco kilos aproximadamente, con mango de madera, muy desgastado el fierro, todo astillado en la punta. La punta de la maza esta astillada por el desgaste que tiene, por tanto trabajo, no tiene cuadrada entonces no es

segura para trabajar. Bajo esas condiciones tiene posibilidades de resbalarse siempre. Si estuviera cuadrado no se escapa la maza cuando uno esta golpeando. Lo se porque yo las vi a las herramientas ahí y porque yo también trabajaba con esas herramientas..." "...El dueño de la maza es la empresa Riva" "...Los elementos de seguridad eran muy básicos, como los zapatos de punta de fierro, un casco, guantes que te deban cada una semana nomás, se rompían antes tenías que esperar una semana para que te den otros, arneses eran pocos, no eran muchos, a los que trabajaban en altura les faltaban porque no había para todos. En el caso este protector de goma no existía nunca, por lo menos se hubiera salvado la mano del compañero".

En cuanto a la existencia de algún otro antecedente de accidentes en la empresa expuso: "Yo me enteré de dos accidentes más, aparte del de Rinaldi. Uno era Arjona, que se cayó de una loza...y el otro también se golpeo con una maza en la mano..." "...Las herramientas jamás se tiraban, las defectuosas o las que no servían no las tiraban nunca, tampoco incorporaban herramientas nuevas, era muy poco si incorporaban alguna vez. Las herramientas defectuosas se seguían utilizando, no las sacaban...".

Contrariamente a las consideraciones expresadas por los Sres. Rojas, Salazar Centurión y Villaba, de los testimonios transcriptos precedentemente se desprende que la herramienta utilizada por el actor, consistente en una maza, no se encontraba en óptimas condiciones, sino que la punta estaba redondeada. Además, surge que la empresa no brindaba todos los elementos de seguridad laboral necesarios para evitar accidentes o minimizar las lesiones que se pudieran producir en este tipo particular de actividad.

Resalto, que un elemento de suma importancia a tener en cuenta por la índole de la lesión sufrida y el tipo de trabajo realizado por el señor Rinaldi al momento del siniestro, es la falta de provisión de manoplas que tienen un agujero y entran en el hierro con un protector redondo en la parte de arriba de donde calza la mano.

En tal sentido, debo traer a colación lo expuesto por el perito Ingeniero Pedro Lucas Filippi a fs. 381, donde al contestar el pedido de explicaciones de la parte actora, en cuanto a los elementos específicos de seguridad expresó: "De ser viable colocar algún elemento que cubra la superficie de la estaca de hierro a clavar que disminuya la vibración transmitida por el golpe al cuerpo humano (manguito de goma de un diámetro mayor de la estaca a clavar, de una goma lo suficientemente ancha y elástica de aproximadamente 1 a 2 centímetros de espesor...".

Y sobre dicho elemento de seguridad, cabe traer a colación la declaración del testigo, Martin Marilao Christian (fs. 419) de donde se desprende que si bien la empresa proveía de ciertos elementos de seguridad, los mismos eran escasos y que la demandada no proveía el protector de goma (maguito de goma, como refiere la pericia) para realizar la tarea específica que desarrollaba el actor en oportunidad de sufrir el accidente.

En lo que respecta a la herramienta utilizada "maza", los testigos coincidieron que no estaba en óptimas condiciones. Así, del testimonio del Sr. Rivarola se extrae que la herramienta utilizada por Rinaldi era vieja, tenía la punta redondeada y el mango giraba. De los dichos del Sr. Roberto Oscar Morales, surge, que la maza estaba en malas condiciones, estaba media suelta, y tenía la punta redondeada. Y el Sr. Marin Marilao Cristian, señaló que la maza utilizada por el actor era una maza grande que estaba en malas condiciones.

Teniendo en cuenta la prueba testimonial aportada por la actora, considero que los testimonios sobre los cuales se basa la parte recurrente para cuestionar la decisión, carecen de la entidad necesaria y suficiente para tener por acreditada la eximente y para desvirtuar la motivación de lo resuelto en la instancia anterior.

Cabe recordar que la eficacia probatoria de la prueba testimonial debe ser efectuada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, atendiendo a las circunstancias o motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones; influyen así las disposiciones afectivas, la razón de ser de su conocimiento, el interés en el asunto, la coherencia, etc.

Desde esta perspectiva y aún dejando de lado que los testigos mencionados en la apelación se desempeñan en relación de dependencia con la demandada, lo que de por sí determina que sus dichos deban merituarse con mayor estrictez, a fin de desechar posibles intenciones de favorecerla, lo cierto es que tales declaraciones no pueden ser considerados para probar certeramente la mecánica del hecho o las circunstancias que lo rodearon, en tanto y en cuanto los testigos mencionados no estuvieron presentes al momento de producirse el accidente.

En síntesis: los dichos de los testigos sobre los cuales se afianza el cuestionamiento de la demandada recurrente no logran contrarrestar las conclusiones de la magistrada de grado, y, establecido el carácter riesgoso de la cosa/actividad, que además responde a las circunstancias que rodearon al accidente, no encuentro razones suficientes para revocar la decisión en este punto, presentándose la misma como una derivación razonada del derecho vigente en orden a las constancias probatorias reunidas en la causa.

En definitiva, al encontrarse debidamente demostrada la relación de causalidad entre el hecho y el daño, la empresa demandada no ha logrado probar la culpa del actor en la producción del siniestro, ello en función de que precisamente éste ha demostrado -a través de la prueba analizada (principalmente con las testimoniales rendidas)- las malas condiciones en que se encontraba la maza con la que trabajaba, como así la falta de elementos de seguridad para su empleo seguro (mango de goma), situación ésta que torna operativa la responsabilidad de la firma en el accidente sufrido por el operario en ocasión y con motivo de cumplir tareas en la obra llevada a cabo en la localidad de Senillosa.

En función de todo lo hasta aquí expuesto, propiciaré al Acuerdo el rechazo de este agravio.

Resta ahora analizar el cuestionamiento relativo al rubro indemnizatorio, y finalmente el referido a la responsabilidad de la citada en garantía.

En relación a las consideraciones expresadas por la Jueza a quo sobre la pérdida de la chance, como un elemento más para justipreciar la indemnización otorgada en concepto de incapacidad física, debo afirmar que al no probarse clara y concretamente la misma, ello no impide valorar ciertas circunstancias relacionadas a ese rubro, pues si bien resultan insuficientes para otorgar una indemnización en forma autónoma, pueden ponderarse en oportunidad de determinar el quantum correspondiente al daño físico sufrido por el trabajador, a raíz de un accidente.

Advierto, que este agravio podría haber tenido relevancia si a pesar de no contar con prueba acabada de la "pérdida de la chance", de todas maneras, se hubiera hecho lugar a una indemnización autónoma por dicho rubro, pero no es el caso, pues aquí, solo se tuvo en cuenta la frustración de ganancias o posibilidades laborales o de cualquier otro tipo (deportivas), como un elemento más para justipreciar el importe otorgado por la incapacidad física padecida.

Máxime cuando con la pericial médica de fs. 479/482 y vta., se acreditó que ha raíz del accidente el actor presentó politraumatismo con traumatismo en muñeca izquierda, lo cual en función del baremo detallado por el galeno, determinó una incapacidad del 14,5%.

En base al grado de incapacidad del accionante, edad al momento del siniestro, como así la actividad que desplegaba antes del accidente, no resulta ilógico pensar que sus posibilidades laborales –en función de la incapacidad padecida- en alguna medida se han visto mermadas por tal acontecimiento.

En el caso particular, no se indemniza la pérdida de la chance, sino que para determinar el quantum indemnizatorio por la incapacidad física probada, se tiene en cuenta, como una pauta más, la repercusión que a nivel de chance u oportunidades han mermado como consecuencia de las secuelas del accidente objeto de autos.

En tal sentido la jurisprudencia ha dicho: "En lo que hace a la reparación del daño sufrido como consecuencia de un accidente de trabajo, si el reclamo tiene como fundamento el art. 1113 de la ley civil, la incapacidad laboral solamente constituye una referencia a ponderar junto con otros elementos de acuerdo con el criterio fijado por la CSJN en los casos "Aquino" y "Arostegui". La determinación de la cuantía del resarcimiento debe efectuarse en procura de una comprensión plena del ser humano y su integridad física psíquica, tomando en cuenta que el valor vital de la vida humana no resulta apreciable tan solo sobre los criterios exclusivamente materiales, las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres, y la determinación de la incapacidad se ensambla con las consecuencias presumibles para la víctima en lo individual y social. En este tipo de reclamo también se incluye al daño moral (CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO. - Sala: Sala VI - Mag.: Craig-Fernández Madrid - Tipo de Sentencia: SD - N° Sent.: 63400 - Fecha: 27/10/2011 - Nro. Exp.: 16184/07).

En consecuencia, interpreto que corresponde rechazar el presente agravio, y confirmar el monto indemnizatorio fijado por la a quo en concepto incapacidad física.

En orden a la queja por la eximición de responsabilidad de la ART, refiere la recurrente que si se atribuyó responsabilidad a su parte en el incumplimiento de las normas de seguridad e higiene, no se podía eximir de la misma a Liberty, al no haberse demostrado que ésta llevara a cabo controles y, por lo tanto, si no ha cumplido con las obligaciones legales en el campo de la prevención, debe ser responsabilizada con fundamento en las disposiciones de los artículos 512, 902, 1109 y 1074 del Código Civil.

Bajo el prisma señalado, entiendo que no le asiste razón, por tanto, su planteo no puede prosperar.

A tal fin, debo traer a colación el claro y preciso lineamiento expresado por la CSJN en la causa "Llosco", en donde en lo que resulta de interés en este aspecto nos dice: "...ninguna interdependencia o solidaridad del tipo mencionado existe entre los preceptos de los que se valió el actor para obtener de la aseguradora lo que le era debido por ésta, y el art. 39.1 que exime de responsabilidad civil al empleador. La LRT afirma la responsabilidad de la aseguradora de riesgos por una reparación tarifada de la incapacidad permanente, y niega la civil del empleador (con la salvedad de su art. 39, inc. 2, inaplicable en esta causa). En suma, impone un régimen indemnizatorio particular, que vincula al damnificado sólo con la aseguradora de riesgos, con arreglo a una regulación legal que resulta ajena al régimen civil, y el cual relaciona a aquél pero con el empleador. Nada impide, por ende, que la víctima logre de uno de los sujetos lo concedido y, para lo que interesa, pretenda, seguidamente, del otro lo negado, objetando constitucionalmente esto último.

Las normas que rigen lo primero obran con independencia de las que regulan lo segundo; también ello ocurre en sentido inverso..." (cfr. Llosco, Raúl, Fallos 330:2696).

Conforme a lo expuesto, los sistemas no son excluyentes entre sí y tal como también lo ha indicado el Máximo Tribunal Nacional "...se imponen dos advertencias. En primer lugar, el desenlace de este litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños, lo cual incluye al propio de la LRT. Lo que sostiene la presente sentencia radica en que, por más ancho que fuese el margen que consienta la Constitución Nacional en orden a dichas limitaciones, resulta poco menos que impensable que éstas puedan obrar válidamente para impedir que, siendo de aplicación el tantas veces citado principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional: alterum non laedere, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales".

"En segundo término, la solución alcanzada no acarrea la frustración de los elevados propósitos de automaticidad y celeridad del otorgamiento de las prestaciones perseguidas por la LRT. En efecto, es manifiesto que del hecho de ser constitucionalmente inválido que la mentada prestación de la LRT origine la eximición de responsabilidad civil del empleador (art. 39, inc. 1), no se sigue que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo queden relevadas de satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la citada ley. De tal suerte, este pronunciamiento no sólo deja intactos los mentados propósitos del legislador, sino que, a la par, posibilita que el empleador pueda encontrar protección en la medida de su aseguramiento..." (cfr. Causa "Aquino", ya citada. El subrayado es propio).

En esta línea, el Tribunal Superior de Justicia, en la causa "Concha Esparza" indicó: "...Que en el presente caso, si bien la Aseguradora no ha resultado demandada por la víctima, ha sido traída al proceso –como tercera- por el empleador para que responda hasta el límite de la cobertura contratada. Tal intervención procesal no mereció cuestionamiento de ninguna especie por parte del actor. Precisamente dicha petición -se reitera-, confinada al seguro contratado, lleva a inclinar la opinión a su favor.

De aceptarse que la A.R.T. no sea condenada, implicaría relevarla de reparar los perjuicios emergentes de un infortunio laboral, cuando éstos –al menos en parte- están comprendidos en el contrato de seguro de riesgos del trabajo. En otros términos, se llegaría a aceptar su incumplimiento contractual.

Al mismo tiempo, conllevaría el desobligarla del cumplimiento de las prestaciones que le han sido impuestas legalmente. Cuadra recordar que el régimen legal especial la emplaza como responsable directa.

Por ende, si del contrato que la une con el empleador, como también de la Ley 24.557, que la obliga legalmente, derivan las contingencias por las que debe responder, no hay razones para liberar a la Aseguradora del deber de resarcir cuando ocurre el evento asegurado.

9) Que, en esa línea argumental cabe repetir que si las prestaciones comprometidas por la A.R.T., según le fueran impuestas por la L.R.T. o el contrato de afiliación, están destinadas a resarcir, al menos de modo parcial, los daños concretamente reclamados por el trabajador, y dentro de éstos se abarcan perjuicios comprendidos en el sistema legal especial o en el contrato de seguro, no hay motivo para que el obligado no deba cumplir con su deber de repararlos, al menos como aquí se pretende, en la extensión del débito que contractual o legalmente le resulta exigible.

En otros términos: si la indemnización pretendida por la víctima abarca daños cuyo resarcimiento la A.R.T. está obligada a prestar –legal o contractualmente- en nada modifica su situación la normativa que resulte aplicable a la pretensión, siempre y cuando se cumplan los extremos fijados en el régimen legal específico que las regula y no se la condene más allá de lo que éste y el contrato la obliga..."

Aclara, más adelante: "...queda salvaguardado el derecho de defensa tanto de la aseguradora citada como del actor.

Ello así, respecto de la primera, por un doble orden de motivos. Por un lado, pues ha tenido oportunidad de controvertir los extremos exigidos por la Ley 24.557 para ser responsabilizada, y no lo ha hecho. Más aún: ha reconocido haberle brindado al actor ciertas prestaciones y, a la par, ha defendido la validez constitucional del sistema. Por el otro, porque la condena queda ceñida al cumplimiento de las consecuencias previstas específicamente por el régimen legal que la rige..."

En función de los lineamientos anteriormente esbozados, el agravio de la demandada en relación a este punto no puede ser receptado favorablemente, máxime cuando ha quedado firme y consentido en autos, que las prestaciones indemnizatorias derivadas del régimen de la LRT han sido cumplidas por la ART y, por lo tanto su responsabilidad se encuentra agotada.

Por otra parte, desde un punto de vista procesal, la ART no ha sido demandada en autos, sino que su llamamiento al proceso se produce a través de la citación efectuada por la empleadora demandada, quien requiere a fs. 86 vta. que: "como el actor se encontraba asegurado por ante la compañía de Seguros LIBERTY ART S.A., su intervención en la presente causa conforme el art. 117 de la ley de Seguros".

Ahora bien, si el agravio y la petición recursiva consistiera en que la ART no ha dado cumplimiento pleno a su responsabilidad sistémica y que, por ende, debía ser condenada en los términos del contrato de seguro (del aseguramiento), tal pretensión hubiera prosperado, por aplicación de la doctrina del TSJ en la causa "Concha Esparza" la cual, a su vez, abreva en la doctrina de la CSJN sentada a partir de la causa "Aquino".

Sin embargo, advierto que, la demandada solicita que se la condene con fundamento en el Código Civil (extra sistémicamente) con fundamento en los artículos 512, 902, 1109 y 1074. Y esta pretensión no fue deducida en la instancia de origen y, por lo tanto, no puede ser receptada por esta Alzada, so pena de incurrir en una vulneración del principio de congruencia y de cercenar la garantía del debido proceso y la defensa en juicio.

Traídos estos conceptos al caso analizado, debo señalar que, sin desconocer lo resuelto por la CSJN en la causa "Torrillo" (entre otras), para que la aseguradora de riesgos pueda ser condenada en los términos del Código Civil, debe ser demandada en esos términos y acreditarse los presupuestos previstos en el artículo 1074 (supuesto que, además, no es asimilable al de la responsabilidad objetiva del empleador, de ser aplicable el anterior artículo 1.113).

En este caso, insisto, la ART no ha sido demandada con fundamento en el ex 1074 del C.C., el debate no ha girado en torno a sus presupuestos y, por lo tanto, no puede ser condenada en ese contexto.

IV.- Por todo lo expuesto, propondré al Acuerdo el rechazo del recurso de apelación articulado por la demandada a fs. 597, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas a su cargo, debiéndose regular los honorarios de esta Alzada, de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 LA.

TAL MI VOTO.

La Dra. Pamphile, dijo:

Adhiero a la solución propuesta por mi colega.

En punto a la responsabilidad, enmarcado el supuesto en los términos del art. 1113 del Código Civil y habiéndose alegado como defensa la eximente de "culpa de la víctima" era carga de la demandada la acreditación de configuración en forma contundente.

Es que el artículo 1113 del Código Civil, derecho vigente al momento y, por ende, aplicable en el supuesto que aquí se analiza, dispone una presunción objetiva de responsabilidad que requiere, para su destrucción, justificar la culpa de la víctima; y esa culpa debe ser fehacientemente acreditada, no bastando las meras inducciones o conjeturas acerca de la probable conducta seguida.

Afirmo esto porque al responsable no le es suficiente con hacer suponer o presumir que la víctima tuvo la culpa de lo ocurrido: de ahí la verdadera trascendencia de la concepción objetiva de responsabilidad, que sólo desaparece cuando la eximente ha sido acreditada certera y claramente (cfr. C.S.J.N. FALLOS: 324:2666, citado en ACUERDO 57/06, del registro de la Secretaría Civil del TSJ).

Y esto no podría ser de otra manera, pues se trata de un hecho impeditivo cuya prueba incumbe a quien lo alega, constituyendo una excepción al régimen de responsabilidad: la acreditación de la culpa de la víctima constitutiva de la causal de eximición de responsabilidad prevista en el final del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil debe ser definitiva en cuanto a no dejar dudas sobre su ocurrencia (cfr. SCJBA, 16-2-2000, Brian de Chistriansen, Silvia c/GOzzi, Hernando" LLBA 2000-850).

Desde esta perspectiva, el análisis efectuado en la instancia de grado se presenta correcto, lo cual unido a las consideraciones que efectúa mi colega, determinan el rechazo del agravio.

2. En cuanto a la queja relativa a la falta de condena de la Asegurado de Riegos, debo también coincidir con el desarrollo efectuado por el Dr. Ghisini, en orden a la posición que mantuviera, entre otros, en autos "NAVARRETE HUGO A. c/RIVA S.A. LUCIANO S.A. UTE s/DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte.N°343.739/06), de la Sala I, que integro.

Allí sostuve:

"Ahora bien, la circunstancia de que el empleador sea responsable en los términos del Código Civil no desobliga automáticamente a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo.

Como se ha señalado precedentemente, los sistemas no son excluyentes entre sí y tal como también lo ha indicado el Máximo Tribunal Nacional "…se imponen dos advertencias. En primer lugar, el desenlace de este litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños, lo cual incluye al propio de la LRT. Lo que sostiene la presente sentencia radica en que, por más ancho que fuese el margen que consienta la Constitución Nacional en orden a dichas limitaciones, resulta poco menos que impensable que éstas puedan obrar válidamente para impedir que, siendo de aplicación el tantas veces citado principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional: alterum non laedere, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales.

En segundo término, la solución alcanzada no acarrea la frustración de los elevados propósitos de automaticidad y celeridad del otorgamiento de las prestaciones perseguidos por la LRT. En efecto, es manifiesto que del hecho de ser constitucionalmente inválido que la mentada prestación de la LRT origine la eximición de responsabilidad civil del empleador (art. 39, inc. 1), no se sigue que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo queden relevadas de satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la citada ley. De tal suerte, este pronunciamiento no sólo deja intactos los mentados propósitos del legislador, sino que, a la par, posibilita que el empleador pueda encontrar protección en la medida de su aseguramiento…" (cfr. Causa "Aquino", ya citada. El subrayado es propio).

En esta línea, el TSJ, en la causa "Concha Esparza" indicó:

"…Que en el presente caso, si bien la Aseguradora no ha resultado demandada por la víctima, ha sido traída al proceso –como tercera- por el empleador para que responda hasta el límite de la cobertura contratada. Tal intervención procesal no mereció cuestionamiento de ninguna especie por parte del actor.

Precisamente dicha petición -se reitera-, confinada al seguro contratado, lleva a inclinar la opinión a su favor.
De aceptarse que la A.R.T. no sea condenada, implicaría relevarla de reparar los perjuicios emergentes de un infortunio laboral, cuando éstos –al menos en parte- están comprendidos en el contrato de seguro de riesgos del trabajo. En otros términos, se llegaría a aceptar su incumplimiento contractual.
Al mismo tiempo, conllevaría el desobligarla del cumplimiento de las prestaciones que le han sido impuestas legalmente. Cuadra recordar que el régimen legal especial la emplaza como responsable directa.
Por ende, si del contrato que la une con el empleador, como también de la Ley 24.557, que la obliga legalmente, derivan las contingencias por las que debe responder, no hay razones para liberar a la Aseguradora del deber de resarcir cuando ocurre el evento asegurado.
9) Que, en esa línea argumental cabe repetir que si las prestaciones comprometidas por la A.R.T., según le fueran impuestas por la L.R.T. o el contrato de afiliación, están destinadas a resarcir, al menos de modo parcial, los daños concretamente reclamados por el trabajador, y dentro de éstos se abarcan perjuicios comprendidos en el sistema legal especial o en el contrato de seguro, no hay motivo para que el obligado no deba cumplir con su deber de repararlos, al menos como aquí se pretende, en la extensión del débito que contractual o legalmente le resulta exigible.
En otros términos: si la indemnización pretendida por la víctima abarca daños cuyo resarcimiento la A.R.T. está obligada a prestar –legal o contractualmente- en nada modifica su situación la normativa que resulte aplicable a la pretensión, siempre y cuando se cumplan los extremos fijados en el régimen legal específico que las regula y no se la condene más allá de lo que éste y el contrato la obliga…"
Aclara, más adelante: "…queda salvaguardado el derecho de defensa tanto de la aseguradora citada como del actor.
Ello así, respecto de la primera, por un doble orden de motivos. Por un lado, pues ha tenido oportunidad de controvertir los extremos exigidos por la Ley 24.557 para ser responsabilizada, y no lo ha hecho. Más aún: ha reconocido haberle brindado al actor ciertas prestaciones y, a la par, ha defendido la validez constitucional del sistema. Por el otro, porque la condena queda ceñida al cumplimiento de las consecuencias previstas específicamente por el régimen legal que la rige…"
He aquí, justamente, el punto de inflexión que determina que el agravio no pueda ser receptado, cobrando relevancia fundamental la circunstancia de que no se encuentra recurrida la decisión de la magistrada con relación a que las prestaciones indemnizatorias derivadas del régimen de la LRT han sido cumplidas por la ART y, por lo tanto, desde este vértice su responsabilidad está agotada.
VII.3. Como ya se ha señalado, en autos la ART no ha sido demandada sino que su llamamiento a proceso se produce a través de la citación efectuada por la empleadora demandada: requiere a fs. 63 vta. que "como el actor se encontraba asegurado por ante la compañía de Seguros MAPFRE ART solicito expresamente su intervención en la presente causa conforme art. 117 de la ley de Seguros".
Si el agravio y la petición recursiva consistiera en que la ART no ha dado cumplimiento pleno a su responsabilidad sistémica y que, por ende, fuera condenada en los términos del contrato de seguro (del aseguramiento), tal pretensión hubiera prosperado, por aplicación de la doctrina del TSJ en la causa "Concha Esparza" la cual, a su vez, abreva en la doctrina de la CSJN sentada a partir de la causa "Aquino".
Sin embargo, la demandada solicita que se la condene con fundamento en el Código Civil (extrasistémicamente) con fundamento en los artículos 512, 902, 1109 y 1074. Y esta pretensión no fue deducida en la instancia de origen y, por lo tanto, no puede ser receptada por esta Alzada, so pena de incurrir en una vulneración del principio de congruencia y de cercenar la garantía del debido proceso y defensa en juicio.
Es que, como indica Livellara: "En salvaguarda del debido proceso y de la garantía de la defensa en juicio (art. 18 C.N.), en materia procesal se ha ido desarrollado el principio de congruencia, que requiere una real correspondencia entre la sentencia y lo peticionado o planteado por las partes. Para Palacio y Alvarado Velloso el mencionado principio procesal "exige la estricta adecuación del pronunciamiento judicial a las cuestiones articuladas en la pretensión del

actor y en la oposición del demandado o en los escritos presentados por cualquiera de las partes con motivo de algún incidente suscitado durante el curso del proceso".

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha remarcado la necesidad que "exista una plena conformidad entre lo pretendido y resistido por un lado, y lo sentenciado por el otro. Así, —se puntualiza— toda sentencia debe contener una rigurosa adecuación a los sujetos, objeto y causa que individualizan la pretensión y la oposición" (thema decidendum) y la Sala II de la Corte de Mendoza, también ha puesto de manifiesto que "la congruencia exige que la sentencia no se expida en más de lo requerido por las partes; que no contenga menos de lo pretendido por ellas, y también que no otorgue o niegue algo distinto de lo reclamado. Concretamente, debe necesariamente existir una correlatividad entre lo peticionado y lo resuelto en el fallo" y que "la congruencia descansa en todos los principios que informan el proceso y que configura una doble garantía: por un lado, establece las reglas a las que debe someterse el juez evitando su arbitrariedad y asegurando su imparcialidad y, por el otro, supone seguridad para los litigantes desde que éstos saben de qué defenderse".

Como queda dicho, este principio procesal encuentra su fundamento o razón de ser en la propia garantía constitucional de la defensa en juicio, según la cual nadie puede ser condenado o vencido en juicio sin ser oído previamente (art. 18 C.N.). Evidentemente, esta garantía se ve vulnerada cuando se condena a algo no pedido o se absuelve de pretensiones no invocadas.

Por ello, se considera como una de las garantías del debido proceso al limite que tiene la judicatura de no introducir sorpresivamente alegaciones o cuestiones de hecho, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa…" (cfr. Livellara, Carlos Alberto, "La Corte de Mendoza delimita la facultad del juez laboral al calificar la acción en materia de riesgos del trabajo", publicado en: DT 2006 (marzo), 303).

Traídos estos conceptos al caso analizado, debo señalar que, sin desconocer lo resuelto por la CSJN en la causa "Torrillo" (entre otras), para que la aseguradora de riesgos pueda ser condenada en los términos del Código Civil, debe ser demandada en esos términos y acreditarse los presupuestos previstos en el artículo 1074 (supuesto que, además, no es asimilable al de la responsabilidad objetiva del empleador, de ser aplicable el artículo 1113).

En este caso, insisto, la ART no ha sido demandada con fundamento en el 1074 del C.C., el debate no ha girado en torno a sus presupuestos y, por lo tanto, no podría ser condenada en ese contexto..."

Traídos estas consideraciones al caso analizado, los agravios vertidos se circunscriben a cuestionar que no se haya condenado a la ART, por el incumplimiento de los deberes de control en materia de seguridad e higiene, pero nada se alega en relación al incumplimiento de sus obligaciones en el marco de la LRT.

En orden a ello, como adelantara, debo adherir a las consideraciones efectuadas por mi colega.

Con estas consideraciones, emito mi voto en igual sentido. MI VOTO.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 580/593, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 17 Ley 921).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dra. Cecilia Pamphile

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"HERNANDEZ BELTRAN BENJAMIN S/ SUCESIÓN AB-INTESTATO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 505059/2014) – Interlocutoria: 511/15 – Fecha: 29/12/2015

DERECHO CIVIL: Proceso sucesorio.

PROCEDIMIENTO SUCESORIO. DECLARATORIA DE HEREDEROS. ALCANCE. HEREDERO. CITACION. FALTA DE PRESENTACION. EXCLUSIÓN.

> [...] no deben ser incluidos en la declaratoria aquellos herederos que habiendo sido debidamente citados a comparecer al proceso sucesorio no se presentan.

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de diciembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "HERNANDEZ BELTRAN BENJAMIN S/ SUCESIÓN AB-INTESTATO" (Expte. Nº 505059/2014) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 4 a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ y

CONSIDERANDO:

Vienen los presentes autos a estudio del Cuerpo para resolver el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Isabel Hernández, en su carácter de heredera, contra la declaratoria de herederos obrante a fs. 56 y vta.

En su memorial de fs. 57 expresa que a pesar de haber sido debidamente citados los restantes herederos (su madre y dos hermanos) los mismos no se han presentado a estar a derecho, por lo que no corresponde que se los incluya en la declaratoria dictada a fs. 56 y vta.

Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, diremos que no deben ser incluidos en la declaratoria aquellos herederos que habiendo sido debidamente citados a comparecer al proceso sucesorio no se presentan.

En tal sentido, la doctrina que compartimos ha dicho: "Una vez denunciada la existencia de herederos y ordenada la notificación, ésta debe cumplirse a fin de que aquellos tomen intervención en autos, previamente al dictado de la declaratoria de herederos. Si encontrándose notificado de la apertura del sucesorio no se presenta, no será incluido en la misma, debido a que la declaratoria de herederos implica la aceptación de la herencia, con sus respectivos derechos y obligaciones. Reiteradamente se ha declarado que a las personas que invoquen derechos hereditarios les basta acreditar su propia vocación, sin necesidad de soportar la carga de demostrar el vínculo de otros parientes. En consecuencia, la no comparecencia del heredero citado personalmente al juicio y cuya existencia se infiera del expediente, o de la denuncia de quienes se presentasen reclamando la herencia, autoriza a prescindir de él, sin que sea necesario, por consiguiente, designar al defensor oficial para que ejerza su representación, y dictar declaratoria de herederos a favor de los presentados" (Graciela Medina- Proceso Sucesorio- Segunda Edición Actualizada- Ed. Rubinzal-Culzoni- Tºl, Pág. 281/282).

Teniendo en cuenta la expuesto, de las constancias de autos surge que a fs. 20 la Sra. Isabel Hernández, con el acta de matrimonio de fs. 17 y las partidas de nacimiento de fs. 18/19, acredita el vínculo de los restantes herederos con el causante; a fs. 27, 28 y 29 se encuentran agregadas las cédulas de notificación debidamente diligenciadas, dirigidas a los herederos denunciados a fin de que comparezcan al proceso sucesorio; a fs. 32 a 34 obra la publicación de edictos en el diario "La Mañana de Neuquén" y a fs. 41 la publicación en el Boletín Oficial, en donde se hace saber la apertura del proceso sucesorio de quien en vida fuera Hernández Beltrán Benjamín, citando a todos los que se consideren con derecho a los bienes dejados por el causante.

A pesar de las constancias mencionadas precedentemente, los herederos denunciados no han comparecido al proceso sucesorio a estar a derecho, por lo que en función de lo expuesto no corresponde que se los incluya en la declaratoria de herederos, hasta tanto se presenten y soliciten su incorporación.

Ello es así, porque la declaratoria de herederos no hace cosa juzgada formal ni material, por lo que permite su ampliación, conforme autoriza el art. 729 del CPCyC, a los efectos de que sean incluidos en ella herederos que en oportunidad de su dictado no lo hubieran sido.

Por todo lo expuesto, corresponde acoger favorablemente el recurso de apelación interpuesto a fs. 57, y en consecuencia excluir de la declaratoria de herederos de fs. 56 y vta., a los herederos que no se han presentado en autos.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de apelación de fs. 57 y en consecuencia, excluir de la declaratoria de herederos obrante a s. 56 y vta., a los Sres. Benjamín Hernández, DNI ...; Héctor Jorge Hernández, DNI ... y a la cónyuge supérstite, Sra. Marta del Carmen Villegas DNI ..., sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 729 del Código Procesal.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"GONZALEZ DIEGO ARMANDO C/ LAKE BOARD S.A. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA PAGO HABERES" - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 33175/2012) – Acuerdo: 79/15 – Fecha: 01/12/2015

DERECHO DEL TRABAJO: Remuneraciones.

GASTRONOMICOS. ACUERDO SALARIAL. SUMAS NO REMUNERATIVAS. SUSPENSION DE PAGO. EMERGENCIA SOCIAL Y ECONOMICA. RECAUDOS. CONSTITUCIONALIDAD. DESPIDO INDIRECTO INJUSTIFICADO. PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL EMPLEO.

1.- Corresponde desestimar el planteo de inconstitucionalidad intentado por la parte actora contra el Acuerdo Salarial 1104/11 mediante el cual se suspendió el pago de las sumas no remunerativas a los trabajadores gastronómicos que prestaban servicios en el localidad de San Martín de los Andes convenidas en Acuerdo Salarial 1103/11. Ello es así, pues, teniendo presente que la suspensión dispuesta en el Acuerdo salarial 1104/11 se convino por un tiempo determinado o fácilmente determinable; que la misma tuvo su causa en la situación de grave emergencia social y económica que se vivió en la zona a raíz de un hecho de la naturaleza como fue la erupción del Puyehue; que alcanzó a la generalidad de los trabajadores del sector gastronómico;

se dispuso para el futuro; y no resultó confiscatoria ni arbitrariamente desproporcionada, considero que el acuerdo aludido –conforme los parámetros dados por la Corte Nacional ("Guida", Fallos: 323:1566, 1592, 1600/1601, 1609, 1617/1618 —2000—; "Tobar", Fallos: 325:2059, 2077, 2082, 2083 —2002—; "Müller", Fallos: 326:1138, 1145, 1146, 1147 —2003—) no lesiona derechos de raigambre constitucional y/o convencional [...].

2.- [...] toda vez que se encuentra planamente acreditado que la suspensión pactada en acuerdo salarial 1104/11 se extendió hasta el levantamiento de la emergencia declarada en la zona, entiendo que la empresa accionada no se encontraba obligada a abonar los haberes correspondientes a los meses de octubre y noviembre de 2011 conforme la pauta salarial convenida en Acuerdo 1103/11.

3.- [...] si bien de las pruebas rendidas en autos se desprende, a mi entender, que al momento en que el actor remitió la comunicación del despido (27-12-2011) existía un crédito a su favor, cierto es que el mismo consistía en una diferencia correspondiente a los haberes del mes de noviembre de 2011 –remuneración esta que se canceló en su totalidad con posterioridad a la fiesta navideña del año 2011 (...), motivo por el cual considero que la causa por la cual el trabajador se colocó en situación de despido indirecto no importa, en el caso de autos, injuria suficiente en los términos del art. 242 de la LCT, como para que el accionante se diera por despedido en los términos del art. 246 de la LCT, máxime si se tienen presentes los problemas económicos en los que se encontraba sumido el sector hotelero de la zona a raíz de la erupción del Cordón Caulle del Volcán Puyehue y del cual no era ajena la empresa accionada, extremo este último del que dan cuenta los testigos que declararan en autos (...) cuyos dichos no se encuentran cuestionados por las partes.

Texto completo:

ACUERDO: En la Ciudad de Cutral Có, Provincia del Neuquén, el día primero (01) del mes de Diciembre del año 2015, la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores María Julia Barrese y Pablo G. Furlotti, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Victoria P. Boglio, dicta sentencia en estos autos caratulados: "GONZALEZ DIEGO ARMANDO C/ LAKE BOARD S.A. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA PAGO HABERES", (Expte. Nro.: 33175, Año: 2012), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

I.- La sentencia de primera instancia (fs. 272/278 vta.) que hace lugar parcialmente a la demanda intentada por el Sr. Diego Armando González condenado a Lake Board S.A. a pagar la suma allí consignada más intereses, es recurrida por el actor quien expresa agravios a fs. 286/291, los que merecen respuesta de la contraria a fs. 293/294 vta.

II.- A) Agravia al accionante el razonamiento efectuado por el judicante que lo lleva a concluir que los hechos y/o incumplimientos invocados en las misivas postales que lo llevaron a colocarse en situación de despido indirecto no

constituyen injuria suficiente que ameriten la ruptura del vinculo laboral, ello así toda vez que considera que no se ha realizado un correcta interpretación de la normativa laboral tuitiva y de orden público aplicable al caso de autos.

Expresa que la conducta injuriosa de la patronal en la cual fundó el autodespido es la falta de pago de haberes en el plazo señalado en la norma legal con más las sumas no remunerativas previstas en la negociación colectiva.

Indica, luego de recordar lo prescripto por los arts. 128 y 137 de la LCT, que al momento de remitir la pieza postal mediante la cual intima el pago de haberes (19 de Diciembre de 2011) –la que fuera recibida el 20 del mes aludido y no mereciera respuesta alguna de la patronal- se encontraban impagos los haberes correspondientes al mes de noviembre de 2011, incumplimiento éste que se mantuvo hasta la fecha en la que da por finalizada la relación laboral, remitiendo misiva en la que comunicaba dicha decisión.

Manifiesta que el día siguiente al que remitió la pieza postal comunicando el distracto, es decir el 28 de diciembre, si bien la empleadora responde la misma aduciendo que los haberes siempre estuvieron a su disposición, cierto es que la misma siguió sin pagar los mismos. Agrega que la falta de percepción del salario nunca dependió de comportamiento o actitud alguna de su parte por la sencilla razón que los mismos durante la vigencia del vínculo siempre eran depositados en la cuenta sueldo del banco Patagonia abierta a su nombre.

Refiere que sostener como lo hace el sentenciante que no existe la injuria alegada debido a que percibió la totalidad de sus haberes el 29 de diciembre, implica convertir en letra muerta lo prescripto en los artículos 128 y 137 de la ley de Contrato de Trabajo, normativa esta que prescribe que los haberes mensuales deben abonarse dentro del plazo máximo.

Expresa que si bien el judicante indica que no resulta evidente la negativa del empleador en abonar los haberes, cierto es que ello no guarda correspondencia con la manera en que acaecieron los hechos, toda vez que si la intención de la patronal era pagar la remuneraciones debió depositar en forma íntegra la misma al momento de recibir la intimación oportunamente cursada.

Cuestiona que en la decisión que ataca se considere exiguo el plazo de diez días que aguardó entre la fecha en la cual intima el pago de haberes y la que se dió por despedido, toda que la patronal se encontraba en mora en el cumplimiento de su obligación y no respondió la intimación en el plazo previsto en el art. 57 de la LCT.

En relación al depósito de pesos un mil realizado por la accionada el día siguiente de efectuada la intimación mencionada precedentemente expresa que dicha suma corresponde al programa REPRO, por lo que mal puede atribuirse dicho depósito a una supuesta respuesta del empleador o manifestación de proseguir la relación laboral, tal cual lo sostiene el judicante en la decisión atacada.

Respecto a la falta de pago de las sumas no remunerativas que surgen de los acuerdos salariales 2011, conducta que califica como injuriosa, manifiesta –a diferencia de lo que se desprende del fallo cuestionado- que su reclamo fue claro, toda vez que no requería de cálculos complejos para su determinación.

Expresa que igual de claro es lo establecido en el Acuerdo 1104/2011 mediante el cual se suspendió por el plazo de 3 meses el pago de las sumas no remunerativas para los trabajadores gastronómicos, suspensión esta que nunca se extendió a los haberes de octubre y noviembre, por lo que mal puede endilgarse duda a favor del empleador para eximirlo de su obligación.

Plantea inconstitucionalidad de los acuerdos salariales, por ser violatorios de las disposiciones del Convenio de Protección del Salarios de la OIT Nro. 95 (ratificado por Decreto Ley 11594/56).

Formula consideraciones fácticas y jurídicas que hacen a su derecho. Cita jurisprudencia en apoyo de su posición y solicita se haga lugar a la apelación deducida, con costas.

B) La empresa accionada en presentación de fs. 293/294 contesta el traslado oportunamente conferido, peticionado el rechazo de la impugnación deducida, con costas.

En primer lugar, destaca que no llega firme a esta Alzada, tal cual lo pone de resalto el recurrente, que el actor no hubiese percibido los haberes correspondientes al mes de noviembre de 2011 con posterioridad al distracto.

Afirma que el accionante cobro la totalidad del sueldo del mes aludido previo a considerarse en situación de despido, extremo que entiende acreditado con el recibo de haberes suscripto por el trabajador.

Destaca que de la prueba informativa dirigida al Banco Patagonia se desprende que el Sr. Gonzalez no percibía la totalidad de sus haberes por banco, sino que cobraba el importe correspondiente al REPRO ($1000) y una parte pequeña de su salario por dicho medio, en tanto que el resto de la remuneración era abonado en mano, en su lugar de trabajo.

Expresa que el hecho de contar con el recibo de haberes suscripto por el reclamante, el cual no fuera impugnado por aquel, tira por la borda su postura en sentido que no habría percibido la remuneración. Incluso destaca que el extremo aludido también se desprende de la prueba pericial contable obrante en autos.

Manifiesta que en el legajo quedó acreditado que el trabajador actuó de manera apresurada y en contradicción a lo dispuesto por el art. 10 de la LCT.

Cuestiona el planteo de inconstitucionalidad introducido por el actor por extemporáneo y sostiene que no le corresponde el pago de la sumas no remunerativas que pretende debido a que su percepción inicialmente fue suspendida, para luego establecerse que se realizaría una evaluación quincenal de la situación en que se encontraban las zonas afectadas, disponiéndose un prórroga de dicha suspensión hasta el final de la emergencia económica.

C) A fs. 300 obra providencia mediante la cual se suspende el llamado de autos para el dictado de sentencia.

En fs. 302/303 luce dictamen del Sr. Fiscal Jefe de la IV Circunscripción Judicial, Dr. Fernando Rubio, en el cual se propicia el rechazo de la inconstitucionalidad deducida por el actor.

A fs. 304 se dispone la reanudación del llamado de autos a sentencia.

III.- A) En uso de la facultades conferidas a este Tribunal como Juez del recurso, que puede ser ejercida aún de oficio, corresponde examinar si el memorial de agravios reúne los requisitos formales de habilidad exigidos por el art. 265 del Código Procesal, aplicable supletoriamente en autos en virtud a lo normado por el art. 54 de la ley 921.

En ese cometido y atendiendo a la gravedad con que el art. 266 del ordenamiento de rito sanciona las falencia del escrito recursivo, considero que habiendo expresado el recurrente mínimamente la razón de su disconformidad con la decisión adoptada, la crítica efectuada habilita el análisis sustancial de la materia sometida a revisión.

Ello así, en razón que no debe desmerecerse el escrito recursivo, si llena su finalidad, aunque lo haga con estrechez o bordeando los límites técnicos tolerables. En ese entendimiento concluyo que el recuro en análisis debe ser examinado.

B) La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), en mérito a lo cual no seguiré al recurrente en todos y cada una de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio. En otras palabras, se considerarán los hechos jurídicamente relevantes (cfr. Aragoneses Alonso "Proceso y Derecho Procesal", Aguilar, Madrid, 1960, pág. 971, párrafo 1527), o singularmente trascendentes (cfr. Calamandrei "La génesis lógica de la sentencia civil", en "Estudios sobre el proceso civil", págs. 369 y ss.).

Estimo conveniente destacar que el juzgador no posee obligación de ponderar en su sentencia todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que entienda, según su criterio, pertinentes y útiles para formar en su ánimo la convicción necesaria para proporcionar fundamentos suficientes a su pronunciamiento. En tal sentido el Alto Tribunal de la Nación sostuvo que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar su decisión (CS, Fallos, 274:113; 280:320; entre otros), ni deben imperativamente, tratar todas las cuestiones expuestas o elementos utilizados que a su juicio no sean decisivos (Fallos, 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 308:2172; 310:267; entre muchos otros), motivo por el cual la ausencia de consideración concreta de alguna de ellas no significa falta de valoración sino la insuficiencia de aptitud convictiva del elemento de prueba o del argumento como para hacer variar el alcance de la decisión.

IV.- Delimitadas brevemente en el apartado II del presente las posturas de las partes, he de ingresar al estudio de las quejas intentadas por la recurrente.

A.- En primer lugar entiendo que cabe analizar el cuestionamiento relacionado con la validez constitucional del Acuerdo Salarial 1104/11 mediante el cual, conforme los sostienen las partes, se suspendió el pago de las sumas no

remunerativas a los trabajadores gastronómicos que prestaban servicios en el localidad de San Martín de los Andes convenidas en Acuerdo Salarial 1103/11.

1.- Esta Sala en autos "Cares" (Ac. 28/2017 OAPyG CCó, de fecha 27-10-2015), citando el antecedente "Silva" (Ac. 171/2012) de la otrora Cámara en Todos los Fueros de San Martín de los Andes, ha sostenido que "…comparto el criterio que propicia la declaración de inconstitucionalidad de oficio de una ley, norma o acto, con sustento en que la aplicación del derecho es una atribución de la actividad jurisdiccional, que consiste en interpretar y formular en cada caso en concreto, un juicio de subsunción de las circunstancias fácticas invocadas por las partes, a la luz de las cláusulas constitucionales y del orden jurídico vigente. Esta Cámara ya ha sostenido, parafraseando a nuestro cimero Tribunal Nacional, que: "...la declaración de inconstitucionalidad de las leyes es una cuestión de derecho y no de hecho, que no puede quedar librada a la petición o no de las partes, porque, efectivamente, los jueces deben aplicar el derecho en las causas concretas sometidas a su conocimiento respetando el principio de supremacía de la Constitución Nacional y la jerarquía normativa establecida en ella" ... "Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella..." (Fallos: 311:2478, entre muchos otros)... "Que, asimismo, cabe recordar que si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente trasuntado en el antiguo adagio "iura novit curia" incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos: 306:303, considerando 4° del voto de los jueces Fayt y Belluscio). Además, se consignó que "no podía verse en ello la creación de un desequilibrio de poderes en favor del judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso" (confr. CS, 19/08/2004, "Banco Comercial de Finanzas S.A. s/ quiebra" (Fallos, 327:3117) y su remisión a Fallos, 324:3219, voto del juez Boggiano, considerandos 11, 13 y 14 y del juez Vázquez, considerandos 15, 16 17 y 19)"; (cit. CSM, "Iturre, Alicia Elisabeth c/ Nieves del Chapelco S.A. s/ Laboral", Expte. CSM Nro. 120/2009, SD-28/09 del 3/12/09) (del voto de la Dra. Barrese, al cual adherí).

En igual orden de ideas numerosos tribunales nacionales han seguido tal criterio, entre ellos el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, órgano que desde hace ya varios años viene sosteniendo la posibilidad del control oficioso de constitucionalidad (cfr. Ac. T.S.J. 351/95, "Quintana Margot c/ Prov. de Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa", Ac. 620/00 en autos "Boselli, Dante Adolfo y otro c/ Provincia del Neuquén s/ acción procesal administrativa, entre otros). En tal línea, también se han expedido, por ejemplo, la CNTrab. Sala V, "G. A. I. C/ Coto C.I.C. SA S/ diferencias de salarios" voto del Dr. Zas, sentencia de mayo de 2011, base de datos www.magisneuquen.org.ar; ídem la Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, en autos "P., P. L. c/ A. S.A. s/ Cobro de haberes e Indemnización de Ley", sentencia del 21 de octubre de 2009, voto del Dr. Lopez Mesa, www.juschubut.gov.ar).

Los argumentos hasta aquí expresados resultan a mi entender suficientes para analizar la inconstitucionalidad planteada, máxime si se tiene presente –conforme lo hemos sostenido en el precedente "Cares", siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y sin desconocer la existencia de posturas contrarias- que no

resulta imposible efectuar el control de constitucionalidad o convencionalidad de las cláusulas emergentes de la convenciones colectivas de trabajo.

2.- Sentado ello, es dable recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Guida" (Fallos 323:1566) puso de manifiesto que el Estado, mediante el ejercicio de ius variandi en la relación de empleo público se encuentra facultado para reducir los salarios de sus agentes, salvo aquellos a los que la Constitución Nacional expresamente les garantice su intangibilidad, debido a que nadie tiene derechos adquiridos al mantenimiento de las leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad. No obstante y para que una medida de esa naturaleza cuente con sustento constitucional indicó que la misma debe cumplir ciertos requisitos, como lo son: que la reducción se adopte ante situaciones excepcionales de emergencia, tenga efectos generales y vigencia para el futuro en forma transitoria y no resulte confiscatoria, es decir, no desnaturalice el derecho a la retribución.

En relación al punto mi colega de Sala en el trabajo titulado "El derecho al salario de los agentes públicos en situaciones de emergencia" (Máximos Precedentes. Derecho Administrativo Corte Suprema de Justicia de la Nación. Director: Cassagne, Juan Carlos, La Ley Edición 2013) al analizar los requisitos exigidos por la Corte Federal en la causa "Guida" para la convalidación constitucional de la reducción de haberes a los empleados dependientes de la administración pública en supuesto de emergencia indicó, citando doctrina de destacado tratadistas, que: "Los parámetros seguidos por la opinión mayoritaria, a efectos de convalidar la constitucionalidad de la restricción del derecho al salario de los agentes públicos han sido los siguientes: la disminución debe ser temporaria; disponerse en virtud de una emergencia grave; no ser retroactiva y no ser confiscatoria ni arbitrariamente desproporcionada. Cabe señalar que dichas reglas fueron reeditadas por el mismo Tribunal, dos años después, al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una nueva rebaja salarial en las retribuciones del sector público, en el caso "Tobar" (tex.).

La posición ante dicha también ha sido sustentada por el Alto Tribunal en la causa "Asociación de Trabajadores del Estado s/ Acción de inconstitucionalidad" (LL 2013-D, 115), en la cual expresó "…11) Que todo lo antedicho, desde luego, no implica negar que el Estado, para conjurar, en aras del bien común, las llamadas situaciones de emergencia económica, pueda disminuir temporariamente las remuneraciones de sus empleados ("Guida", Fallos: 323:1566, 1592, 1600/1601, 1609, 1617/1618 —2000—; "Tobar", Fallos: 325:2059, 2077, 2082, 2083 —2002—; "Müller", Fallos: 326:1138, 1145, 1146, 1147 —2003—). Empero, si entraña, y de manera terminante, que esos remedios, a la luz del bloque de constitucionalidad, tienen un nítido sentido y destino, y ciertas condiciones y límites inquebrantables,…" (sic.).

Bajo la óptica aludida y teniendo presente que la suspensión dispuesta en el Acuerdo salarial 1104/11 se convino por un tiempo determinado o fácilmente determinable; que la misma tuvo su causa en la situación de grave emergencia social y económica que se vivió en la zona a raíz de un hecho de la naturaleza como fue la erupción del Puyehue; que alcanzó a la generalidad de los trabajadores del sector gastronómico; se dispuso para el futuro; y no resultó confiscatoria ni arbitrariamente desproporcionada, considero que el acuerdo aludido –conforme los parámetros dados por la Corte Nacional- no lesiona derechos de raigambre constitucional y/o convencional, conforme lo sostiene el accionante recurrente.

3.- En virtud a lo expresado y lo dictaminado por el Sr. Fiscal Jefe de la IV Circunscripción Judicial a fs. 302/303 cabe concluir que corresponde desestimar el planteo de inconstitucionalidad intentado por la parte actora.

B.- En segundo término corresponde abordar la crítica referida al rechazo de las sumas no remunerativas previstas en el Acuerdo 1103/11, correspondientes a los meses de octubre y noviembre de dicho año.

En el transcurso del año 2011 la Unión de Trabajadores del Turismo Hoteleros y Gastronómicos de la Republica Argentina (UTHGRA) y la Federación Empresaria Hoteleros y Gastronómicos de la República Argentina (FEHGRA) los Acuerdos Salariales 1102/11 (2 de junio de 2011), 1103/11 y 1104/11 (ambos en 1 de julio de 2011) –Homologados por MTEySS, Secretaria de Trabajo, por Resolución 973 expedida en expediente Nro. 1.439.019/11 en fecha 16-8-11- mediante los cuales establecieron las pautas salariales para los trabajadores del sector que regirían durante los meses de mayo/11 a mayo/12.

En el primero de los acuerdos mencionados convinieron el pago de "…un adicional no remunerativo, que no integra a los básicos de convenio, representativo del 10% de los salarios básicos vigentes al 3º de mayo de 2011" […] "La suma

expuesta en la cláusula anterior se detallará por separado en los recibos de haberes bajo la denominación "adelanto acuerdo salarial 2011, sin incorporar a los básicos de convenio" (cláusulas 1 y 2).

En el segundo acuerdo pactaron a favor de los trabajadores del sector el pago de un adicional no remunerativo durante los meses de mayo/11 (ratificaron lo acordado en Nro. 1102/11) a marzo/12, ambos inclusive, cuyo monto era variable conforme la forma en que los mismos debían calcularse (cfr. cláusula primera).

Asimismo en la cláusula tercera acordaron que al revestir las sumas convenidas para el periodo mencionado el carácter de no remunerativas, la misma debían incorporarse al básico de convenio para cada categoría profesional en un 50% en el mes de abril de 2012 y el 50% restante en el mes de mayo de dicho año.

Finalmente, en el último de los acuerdos salariales, 1104/11 (www.uthgracap.com.ar/documento/histórico), en virtud de la situación vivida en la zona como consecuencia de la erupción del Cordón Caulle del Volcán Puyehue situado en la República de Chile, convinieron "…la suspensión por el plazo de 90 días de la incorporación programada en la cláusula tercera del acuerdo de recomposición salarial del primero de julio de 2010 (Exp. Nº 1372101/10), homologado por Resolución ST Nº 1018/11, correspondiente a los períodos junio, julio, agosto y septiembre del corriente año, ello para el personal ocupado en las provincias de Neuquén, Río Negro; Chubut; Santa Cruz y Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur, como así también excluir al mismo del acuerdo suscripto el pasado 2 de junio en el expediente Nº 1439019/11)" […] "Respecto del personal comprendido en la cláusula anterior las escalas salariales aplicables continuarán siendo las vigentes al 31 de mayo del corriente año, y que obran agregadas al acuerdo antes referido" […] "Sin perjuicio del plazo consignado en la cláusula primera, las partes acuerdan reunirse cada 15 días a los efectos de analizar la evolución de las diferentes localidades comprendidas en la zona geográfica alcanzada por la medida de forma tal de establecer la extensión o finalización anticipada en caso de corresponder, encontrándose facultadas a tal efecto las Seccionales locales de UTHGRA, y la representación empresarial de cada Región en forma conjunta con la comisión paritaria nacional. Asimismo, al momento de pactarse el cese de la situación de emergencia aquí descripta, se aplicará al personal alcanzado las escalas salariales correspondientes vigentes para el período en curso." (tex. cláusulas 1ra., 2da, 3ra.).

El texto de los Acuerdos Salariales bajo examen permite inferir que el salario correspondiente a los trabajadores gastronómicos que prestaban servicios en establecimientos hoteleros situados en las ciudades de San Carlos de Bariloche, Villa La Angostura, San Martín de los Andes y zonas de adyacencia desde el mes de junio del año 2011 y hasta la fecha en que las partes signatarias de los mismos pactaran el cese de la emergencia dispuesta a raíz de la erupción del Cordón Caulle del Volcán Puyehue situado en la República de Chile debía ser liquidado de conformidad a la escalas salariales del sector vigentes al 31 de mayo del año mencionado. Es decir que no correspondía tomar en cuenta en los haberes devengados a partir del mes aludido la pauta pactada en Acuerdo Salarial 1103/11, ello sin perjuicio que al momento de convenirse entre los representantes de las organizaciones sindical y patronal hasta la finalización de la emergencia la remuneración del personal mencionado debía liquidarse en un todo conforme a la escalas salariales vigentes en el periodo respectivo.

En virtud de lo expuesto considero que la pauta salarial convenida el 1 de julio de 2011 por Acuerdo Salarial 1103/11 fue suspendida a partir del 1 de junio de dicho año mediante Acuerdo Salarial 1104/11 suscripto en igual fecha que el convenio mencionado en primer término, y que dicha suspensión tuvo vigencia más allá del periodo de 90 días al alude la cláusula primera del acuerdo citado en último lugar.

La conclusión ante dicha resulta coincidente con lo dictaminado por la perito contadora designada en autos –experticia no cuestionada por las partes- quien en oportunidad de responder el primer punto de pericia propuesto por la incoada expresa "Que según el Acuerdo 1104/2011 de fecha 1/07/2011 se suspende el pago de las sumas no remunerativas dispuestas por Acuerdo 1103/2011 en su artículo 3 por el plazo de 90 días, a partir del cual se realizó una evaluación quincenal de la situación en la que se encontraban las zonas afectadas por la erupción del volcán, prorrogando el no pago hasta el levantamiento de la emergencia declarada en la zona" (tex.).

En atención a los argumentos esgrimidos y toda vez que se encuentra planamente acreditado que la suspensión pactada en acuerdo salarial 1104/11 se extendió hasta el levantamiento de la emergencia declarada en la zona,

entiendo que la empresa accionada no se encontraba obligada a abonar los haberes correspondientes a los meses de octubre y noviembre de 2011 conforme la pauta salarial convenida en Acuerdo 1103/11.

Por lo hasta aquí expresado considero que cabe desestimar el agravio bajo análisis atento los términos en los que ha sido planteado.

C.- Establecido lo anterior corresponde determinar si el incumplimiento que se imputa a la empleadora constituye injuria suficiente a la luz de lo normado por el art. 242 de la LCT que habilita el despido indirecto en el cual se colocó la trabajadora.

El art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo autoriza a una de las partes a denunciar el contrato en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes de la relación laboral que configuren injuria, entendiéndose a la misma -desde el punto de vista laboral- como todo acto, acción u omisión realizada sin derecho en que puede incurrir tanto el trabajador como el empleador, que importe un daño, menoscabo o perjuicio a la seguridad, honor e intereses de una de las partes que por su gravedad no consiente la prosecución del vinculo.

Sostiene Grisolía que "Para que el despido tenga justa causa debe existir una inobservancia de las obligaciones de alguna de las partes de tal entidad que configure injuria. La violación de los deberes de prestación o de conducta de las partes constituye un ilícito contractual que no siempre legitima el ejercicio de la facultad rescisoria: se debe tratar de un injuria que por su gravedad torne imposible la continuidad del vínculo, es decir, de un grave ilícito contractual" (Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, I.S.B.N. 950-14-1917-7, pag. 551 último párrafo/552).

En tal sentido jurisprudencialmente se ha sostenido "No todo incumplimiento constituye justa causa de denuncia del contrato de Trabajo, sino solo aquel que pueda configurar injuria, es decir un obrar contrario a derecho o incumplimiento que suma una magnitud suficiente como para desplazar del primer plano el principio de conservación del contrato establecido en el art. 10 de la LCT (cfr. CNAT, Sala V, 26-2-85, "Fachini, María Saveria c/ SA Alejandro Bianchi Cía Ltda.- DT 1985-65). "Sabido es que la injuria consiste en una inobservancia de la otra parte de las obligaciones resultantes del contrato de trabajo que por su gravedad no consiente la prosecución de la relación laboral.

Debe tratarse de un comportamiento objetivamente grave, de una gravedad que cuantitativa o cualitativamente considerada no torne equitativo el exigirle a la parte contraria la subsistencia del vinculo, …" (CAT de Resistencia, 17-6-99, -Peralta Mónica Isabel c/ Complejos Asistenciales SA y/o quien resulte responsable s/ despido", sent. 46).

Es principio irreductible en materia de derecho laboral que la valoración de la injuria frente al despido directo o indirecto la formalizarán las partes, mientras que el cuestionamiento de aquella por uno de los integrantes del vinculo contractual será revisado por los jueces quienes, a la luz de lo prescripto por el apartado II del art. 242, valorarán prudencialmente los hechos que han sido calificados como injuriosos teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad, a más del carácter de la relación, modalidades y circunstancias personales de cada caso. Ello así toda vez que "…las pautas de prudencia contenidas en el art. 242 del ordenamiento, son las directivas otorgadas a los jueces y que tienden primeramente, a proteger la conservación del contrato de trabajo, exigiendo cierta envergadura y prueba contundente respecto del hecho pretendidamente injurioso, que otorgue razonabilidad a un acto tan trascendente como lo es la finalización de la relación laborativa" (cfr. CATrab y Minas de 4a Nominación de Santiago del Estero, 25/03/2008, -Manfredi, María José c. Dipar S.A. y/u otros- La Ley Online).

Los requisitos de causalidad, proporcionalidad y oportunidad exigidos para que el despido justificado por parte del empleador sea válido son de aplicación a la decisión del dependiente que denuncia el contrato de trabajo estimando haber sido víctima de injurias empresarias, pues lo norma enunciada no admite como causal de despido indirecto cualquier falta del empleador, sino sólo aquellas que por su gravedad no consientan la prosecución de la relación de trabajo.

Trasladando los conceptos vertidos al caso bajo análisis he de indicar que si bien de las pruebas rendidas en autos se desprende, a mi entender, que al momento en que el actor remitió la comunicación del despido (27-12-2011) existía un crédito a su favor, cierto es que el mismo consistía en una diferencia correspondiente a los haberes del mes de

noviembre de 2011 –remuneración esta que se canceló en su totalidad con posterioridad a la fiesta navideña del año 2011 conforme se desprende de lo declarado por el testigo Tortora, lo expresamente reconocido por el actor a fs. 60 y recibo de haberes acompañados por ambas partes-, motivo por el cual considero que la causa por la cual el trabajador se colocó en situación de despido indirecto no importa, en el caso de autos, injuria suficiente en los términos del art. 242 de la LCT, como para que el accionante se diera por despedido en los términos del art. 246 de la LCT, máxime si se tienen presentes los problemas económicos en los que se encontraba sumido el sector hotelero de la zona a raíz de la erupción del Cordón Caulle del Volcán Puyehue y del cual no era ajena la empresa accionada, extremo este último del que dan cuenta los testigos que declararan en autos a fs. 250/255 cuyos dichos no se encuentran cuestionados por las partes.

Lo expresado lleva a concluir -reitero- que la conducta reprochada a la accionada por parte del actor, examinada desde la óptica de los arts. 242 y 246 de la L.C.T., no constituyó un incumplimiento contractual de tal magnitud que pueda ser invocado como imposibilitante de la continuación laboral, toda vez que evaluada a la luz de la situación económica que se vivía en la zona no posee suficiente importancia para desplazar del primer plano el principio de conservación previsto por el art. 10 de la L.C.T.

En virtud de lo expuesto considero que en la presente causa no se manifiesta la grave injuria laboral alegada por el accionante que legitimaría el autodespido, toda vez que el trabajador no ha observado la prudencia y tolerancia que las relaciones laborales exigen recíprocamente al empleado y empleador, generando en forma unilateral e indirecta el distracto, cuando las circunstancias del caso determinaban que la conducta que correspondía era mantener la relación de trabajo conservando el empleo (cfr. Art. 10 de la LCT), motivo por el cual entiendo que la ruptura se produjo por exclusiva culpa del trabajador, máxime si se tiene presente que el actor poseía otro tipo de vías procesales y/o administrativas tendientes a satisfacer su reclamo.

Por todo lo dicho es que propicio el rechazo del presente agravio en los términos deducido por el quejoso.

V.- En atención a los fundamentos expresados en el apartado que antecede, doctrina y jurisprudencia allí citada, y en el entendimiento de haber dado respuesta a los diversos cuestionamientos traídos a consideración de este Tribunal, considero que corresponde rechazar la apelación deducida por la parte actora y, consecuentemente, confirmar la sentencia apelada en todo aquello que ha sido materia de recurso y agravio para el accionante impugnante.

VI.- Atento la forma en la que propicio sea resulto el recurso intentado estimo que las costas de esta instancia deben ser impuestas al recurrente perdidoso, en se carácter de objetivamente vencido (cfr. art. 17 ley 921 y 68 del C.P.C. y C.).

VII.- En relación a los honorarios de Alzada cabe diferir su regulación hasta tanto se encuentren establecidos y fijados lo emolumentos en la instancia de origen.

En definitiva de compartirse mi voto correspondería: 1) Confirmar la sentencia de primera instancia en todo aquello que ha sido materia de agravio y recurso para el actor impugnante, 2) Imponer las costas de segunda instancia a cargo del impugnante perdidoso, en su carácter de objetivamente vencido (art. 17 ley 921 y 68 del C.P.C y C.); 3) Diferir la regulación de honorarios de Alzada hasta tanto se encuentren establecidos y fijados lo emolumentos en la instancia de origen.

Así voto.

A su turno, la Dra. María Julia Barrese, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por el vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de primera instancia en todo aquello que ha sido materia de agravio y recurso para el actor apelante, con costas de Alzada a su cargo, en su carácter de objetivamente vencido (art. 17 ley 921 y 68 del C.P.C y C.).

II.- Diferir la regulación de honorarios de Alzada hasta tanto se encuentren establecidos y fijados lo emolumentos en la instancia de origen.

III.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Definitivas N°: 79/2015

Dra. Victoria P. Boglio - Secretaria de Cámara

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"LOPEZ JUAN ANTONIO Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO" - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 40263/2014) – Acuerdo: 80/15 – Fecha: 01/12/2015

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

REQUISITOS DE LA ACCIÓN. DECRETO MUNICIPAL. INADMISIBILIDAD. VIA IDÓNEA. ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA. COSTAS.

1.- [...] la acción de amparo a la luz de lo prescripto por el art. 43 de la Constitución Nacional y art. 59 de la Constitución Provincial es una acción subsidiaria, viable sólo ante la inexistencia de otra que posibilite el adecuado resguardo del derecho invocado. Ello en atención a que vía judicial más idónea, en los términos de la manda constitucional (art. 43) es la adecuada a la naturaleza de la cuestión planteada conforme al régimen procesal vigente, con lo cual el amparo queda reservado a los supuestos en que existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y, además, las vías ordinarias carezcan de idoneidad para otorgar al justiciable una tutela judicial efectiva del derecho invocado. (Del voto del Dr. FURLOTTI).

2.- Cabe confirmar la sentencia que rechaza la acción de amparo, toda vez que considero que la vía intentada por los amparista a fin de restarle legitimidad a la norma emitida por la Municipalidad de San Martín de los Andes que cuestionan no resulta admisible en el caso traído a resolución, toda vez que la pretensión cuenta con una vía idónea de respuesta jurisdiccional como lo es, a mi entender, la acción procesal administrativa y las cautelares anticipatorias que se pueden solicitar en dicha instancia, aún con antelación a la promoción de la acción principal. (Del voto del Dr. FURLOTTI).

3.- En el supuesto bajo análisis no considero que obren motivos objetivos que justifiquen la exención solicitada, ello así en atención a que de los expedientes administrativos

agregados por cuerda a la presente surge, como bien lo pone de resalto la parte demandada, que los actores previo al inicio de la litis tuvieron conocimiento de las acciones llevadas a cabo por el Municipio tendientes a mitigar los riesgos geológicos en el sector de Villa Paur, como así también, que la actividad desplegada por la autoridad pública guardaba relación con el informe emitido por SEGEMAR. Consecuentemente, cabe confirmar el pronunciamiento, en cuanto impone las costas de esta acción a los actores en su calidad de objetivamente vencidos. (Del voto del Dr. FURLOTTI).

4.- En el caso sub análisis, coincido con mi colega de sala en que la amparista no ha logrado acreditar la existencia de una omisión manifiestamente ilegal o arbitraria desplegada por órganos de la municipalidad demandada, resultando, a mi juicio, de toda evidencia que frente a precisas razones asentadas en la sentencia impugnada no pueden prevalecer, de manera alguna, las genéricas reflexiones volcadas en el memorial de agravios a efectos de refutarlas (cfr. en este sentido, antigua Cámara en todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial, Ac. 66/2010 en autos "Ricardes Arnoldo Juan c/ Jacobs Arnold Luis s/ Posesión Veinteañal", Acuerdo 173/2012 dictado en autos "OSARAN, MARÍA ELENA C/ ALGAR S.A. S/ COBRO DE HABERES", Acuerdo Nro. 181/2012 en autos "Lezana David Alberto c/E.P.A.S. s/Acción de Amparo", mi voto en Acuerdo Nro. 47/2014, in re "SIFUENTES AMERICO C/ MUNICIPALIDAD DE CHOS MALAL S/ ACCION DE AMPARO", entre otros). (Del voto de la Dra. BARRESE, por sus fundamentos).

Texto completo:

ACUERDO: En la Ciudad de Cutral Có, Provincia del Neuquén, el día primero (01) del mes de Diciembre del año 2015, la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores María Julia Barrese y Pablo G. Furlotti, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Victoria P. Boglio, dicta sentencia en estos autos caratulados: "LOPEZ JUAN ANTONIO Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. Nro.: 40263, Año: 2014), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

I.- Llegan a conocimiento de esta Sala las presentes actuaciones por recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 231/240 contra la sentencia definitiva dictada en fecha 18 de agosto de 2015.

II.- 1) Los recurrentes, primigeniamente, cuestionan que el judicante rechazara la acción de amparo por considerar que de las constancias autos, especialmente de los expedientes administrativos agregados por cuerda, no surge palmariamente la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta por parte de la Municipalidad de San Martín de los Andes que permita otorgar tutela jurisdiccional por lo vía intentada.

Sostienen que el juzgador en la decisión en crisis funda su posición en la jurisprudencia más restrictiva en materia de amparo, postura ésta que había asumido en fecha 6 de noviembre de 2014, en oportunidad de expedirse sobre la admisibilidad de la presente acción.

Manifiestan, a diferencia de lo expresado por el sentenciante, que la acción de amparo no reviste el carácter de excepcional, como así también que la misma procede cuando se dan los presupuestos previstos en la constitución nacional y provincial, requisitos estos que deben resultar objeto de análisis en cada caso, toda vez que no resulta viable, a los fines de resolver, la aplicación de un verdadero pre juicio de excepcionalidad extrema y en abstracto, tal cual lo ha hecho el juzgador en la decisión que atacan.

Expresan que tanto se ha antepuesto la solución prefijada en la decisión de fecha 6 de noviembre de 2014 por encima de la realidad, que el juzgador ha pasado por alto que para el constituyente provincial los "ámbitos de actuación" que intentan delimitarse en el pronunciamiento ya no son los que allí se vuelcan"; ello así, en atención a que desde el año 2006 el Tribunal Superior de Justicia ya no tiene asignada constitucionalmente la competencia sobre causas contencioso administrativas en única instancia, la cual actualmente ejerce de hecho y a causa de una inconstitucionalidad por omisión que padecen los ciudadanos neuquinos. Transcriben lo expresado por la miembro informante en la sesión ordinaria segunda, reunión cuatro de la Convención Constituyente.

Indican que los argumentos expuestos en el punto 4 de la sentencia en crisis no son más que un anuncio del rechazo de amparo intentado, una revelación anticipada del pensamiento íntimo del juzgador que luego hace pesar sobre las dos cuestiones de fondo sometidas a decisión.

Insisten que la acción de amparo no es excepcional y que la misma procede cuando se verifican: a) Acción u omisión del demandado (Estado o particulares), b) que legalmente altera, lesiona, restringe o amenaza derechos y c) y esa ilegalidad es manifiesta, extremos estos que sostienen se dan en el supuesto de autos.

2) En segundo lugar, critican que en la decisión puesta en crisis se asevere que no poseen legitimación para cuestionar lo dispuesto por el municipio en el Decreto emitido por el PEM Nro. 2334/13 por no haber sido notificados de su existencia.

Sostienen que en autos no se cuestiona la oportunidad y conveniencia del acto emitido por el municipio, sino la legitimidad del decreto mencionado que no les resulta oponible, como así también, que no es necesario para la existencia del acto administrativo que el mismo les haya sido notificado, ello en atención que éste existe como tal desde el momento que se toma conocimiento de su contenido.

Peticionan se revoque lo decidido por el judicante y se analice el acto administrativo cuestionado, declarándose inoponible a su parte.

Realizan una serie de consideraciones fácticas y jurídicas en relación a los motivos por los cuales entienden que el acto administrativo emitido no resulta válidamente oponible a la pretensión deducida, como así también a las causas por las cuales el Decreto mencionado no hace cesar la omisión municipal que denuncian.

3) En tercer término y en relación al actuar omisivo de la accionada expresan que de la constancias de autos, en especial, de los informes técnicos solicitados por el Municipio en oportunidad de haberse revelado el grave riesgo geológico denunciado, surge en forma clara, que aquella no efectúo tarea alguna a fin de mitigar los riegos mencionados.

Indican que los estudios aludidos coinciden en la peligrosidad y riesgo geológico del sector, aunque difieren en las acciones de mitigación a emprender, extremo este por el cual entienden que el reclamo intentado resulta viable, toda vez que al tiempo transcurrido el municipio no ha tomado ninguna de las alternativas técnicas que emergen de los informes mencionados, omisión esta que entienden ilegítima y manifiesta.

Insisten, conforme a los argumentos que exponen los cuales doy por reproducidos, que no peticionan que la parte demandada desarrolle una u otra de las soluciones alternativas que emergen de los informes técnicos, sino que lo que pretenden es que se obligue al municipio a seguir alguna de ellas a fin de mitigar los riesgos que se desprenden de los mismos.

Agregan que no ha sido objeto de su pretensión que se ingresara a decidir en estos obrados cual de las medidas de mitigación del riesgo es la que corresponde adoptar, ello en atención que la misma excedería los límites de una acción de amparo, toda vez que requiere de mayor debate técnico y una prueba compleja.

Expresan que la discrecionalidad de la administración municipal puede resultar aceptable entre las distintas opciones técnicas propuestas en los informes especializados, pero deja de ser aceptable si la opción que se sigue no es alguna de las recomendadas técnicamente y solo constituye una mera vía de escape alternativa, cuyo único fundamento ni siquiera provine de lo técnico sino de razones presupuestarias, como lo alega la incoada.

Alegan que la sentencia no puede aseverar que algo se hizo y por eso no hay omisión, ya que técnicamente no es cualquier cosa lo que se puede hacer para eludir la obligación de actuar en protección de los vecinos.

Refieren que el municipio no puede no hacer nada para salvaguardar la seguridad de los ciudadanos o pretender eludir su responsabilidad, mediante el dictado de un decreto o con la plantación de dos hileras de estacas de sauces y álamos cerro arriba, actuar éste que no satisface ninguna de la medidas técnicas de mitigación indicadas por los estudios geológicos elaborados especialmente para el lugar.

Manifiestan que las opciones técnicas están expuestas en los informes obrantes en la causa y su omisión total es cuestionable judicialmente, circunstancia por la cual solicitan se revoque el fallo de primera instancia y, en consecuencia, se ordene a la incoada a seguir concretamente alguna de las técnicas mencionadas, librando a su discrecionalidad la selección individual de cual corresponderá al caso.

4) Finalmente, se quejan por la forma en la que fueron impuestas las causídicas, solicitando que las mismas se impongan a la parte demanda y, en el supuesto de confirmarse la decisión de primera instancia, se exima a su parte del pago de aquellas.

III.- Corrido el pertinente traslado de ley, a fs. 244/248 se presenta la Municipalidad de San Martín de los Andes, por medio de letrado apoderado, contestando los agravios de la parte recurrente.

En primer lugar, sostiene que el recurso debe ser desestimado toda vez que el escrito impugnatorio no cumple con los requisitos exigidos por el art. 265 del C.P.C. y C. en atención que no importa una critica concreta y razonada de la sentencia apelada.

En segundo término y en relación al primer agravio sustentado por la quejosa, indica que los recurrentes pretenden convencer a la alzada de que ha existido en el sentenciante de primera instancia un prejuzgamiento o prejuicio destinado a rechazar la acción presentada, extremo este que no es tal, toda vez que del pronunciamiento se desprende que el magistrado luego de efectuar un pormenorizado análisis de la condiciones de viabilidad procesal del amparo concluye que del estudio del planteo de las partes y de las constancias de autos no existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta de parte de la accionada, advirtiendo que ello no se vislumbra en el Decreto 2334/13.

Respecto a las críticas relacionadas con el Decreto 2334/13, la supuesta actitud omisiva del municipio incoado y la imposición de costas, sostiene –por los fundamentos que expone y los cuales doy por reproducidos en este acto en honor a la brevedad- que deben ser desestimadas y, en consecuencia, corresponde confirmar la resolución puesta en crisis en lo que a los puntos se refiere.

IV.- A) Liminarmente es dable recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), circunstancia por la cual pongo de resalto que no seguiré a la parte recurrente en todos y cada uno de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio. En otras palabras, se considerarán los hechos jurídicamente relevantes (cfr. Aragoneses Alonso "Proceso y Derecho Procesal", Aguilar, Madrid, 1960, pág. 971, párrafo 1527), o singularmente trascendentes (cfr. Calamandrei "La génesis lógica de la sentencia civil", en "Estudios sobre el proceso civil", págs. 369 y ss.).

B) 1.- Ingresando al análisis de la primer queja sustentada por los accionantes, es menester recordar que la Constitución Provincial (Art. 59), en consonancia con la Nacional (Art. 43), establece que: "Toda persona afectada puede interponer acción expedita y rápida de amparo en las modalidades que se prevean en la ley, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo que garantice una tutela judicial efectiva, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o

ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y la Constitución Nacional. (…)" (parte pertinente).

El art. 43 mencionado precedentemente ha dado lugar al menos, a dos posiciones:

a) Amparo como vía normalmente no subsidiaria: Quienes adhieren a esta postura entienden que la reforma cambió sustancialmente el panorama anterior, y que el amparo es una acción alternativa para el interesado, no subsidiaria, directamente operativa, dejando de ser un proceso de excepción para convertirse en uno ordinario (Morello, Augusto M. "La primera sentencia de alzada sobre el amparo, a la luz de la Constitución Nacional"; JA 28/12/94; Dromi, Roberto-Menem, Eduardo "La Constitución reformada"; p. 160). Carattini sostuvo que sólo si hay un remedio judicial mejor que el amparo, más expeditivo, más rápido o más eficaz, el amparo no será viable (Carattini, Marcelo G; "El amparo en la reforma constitucional de 1994"; La Ley, 1995-A, 874). b) El amparo subsidiario: Esta posición entiende que el amparo sigue siendo una vía supletoria, que los procesos ordinarios son generalmente más idóneos, por lo que el actor tendría que exponer por qué los otros procesos distintos al amparo no le son, en el caso concreto, más útiles (Sagüés, Néstor P., "Amparo, habeas data y habeas corpus en la reforma constitucional; La Ley, 1994-D, 1151"). Por lo tanto la regla del art. 2° inc. a) de la ley 16.986 conservaría vigor (Sagüés, Néstor P., "Acción de Amparo"; p. 665 y sigtes. Ed. Astrea; 1995, 4ª ed. ampliada; Buenos Aires; 1995) (cfr. CFACorrientes, 23/05/2000, LLLitoral 2001, 166, La Ley Online, AR/JUR/3053/2000).

En el debate que tuvo lugar en la Asamblea Constituyente, la posición mayoritaria que triunfó en la votación fue la que considera a la acción de amparo como una vía excepcional, reiterando la jurisprudencia de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación en el sentido que "el remedio singular del amparo está reservado sólo a las delicadas y extremas situaciones en las que, por la carencia de otras vías legales, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales requiriendo para su apertura, circunstancias de muy definida excepción" (convencional Díaz, citado por Sagüés, Néstor P., "Acción de amparo", p. 665 y sigtes., Ed. Astrea, 1995, 4ª ed., ampliada; Buenos Aires, 1995) (cfr. fallo citado precedentemente).

En igual sentido, en el precedente de esta Sala in re "Castaño" (Ac. 16/2015, del Registro de la OAPyG Zapala) he expresado: "La posición que resultó vencedora en la Convención Constituyente, caracterizó al amparo, como una vía excepcional, residual y heroica, en concordancia con la postura sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aclarándose que la caracterización realizada por Convencionales partió del supuesto de la eficiencia de todo orden jurídico en la protección de los derechos, además del principio en virtud del cual no se puede sustituir por vía judicial el sistema democrático y republicano de gobierno". (cfr. Constitución de la Nación Argentina Comentada y concordada María Angélica Gelli, 4ta. edición ampliada y actualizada T I, La ley p. 611/612). El constitucionalista Dr. Quiroga Lavié entendió que, pese a la amplitud con que ha sido constitucionalizado, no puede sostenerse que el amparo se ha convertido en un remedio ordinario, de modo tal que, en principio, permita cobrar un pagaré a través de una acción de amparo. (cfr. autor citado, en la obra Constitución de la Nación Argentina Comentada y concordada María Angélica Gelli, 4ta. edición ampliada y actualizada T I, La ley p. 612)".

Por su parte el Máximo Tribunal Provincial, con una integración distinta a la actual, en autos "Peralta, Dora c/ Municipalidad de Neuquén s/ Acción de Amparo", (Expte. N° 447-año 2002- Ac. N° 13/2003, Martinez, Mónica P. c/ Provincia del Neuquén s/ Acción de Amparo" (Expte. N° 409- año 2003- Ac. N° 5/2004) -entre otros- ha sostenido que uno de los presupuestos condicionantes de la viabilidad procesal del amparo es la inexistencia de otros procedimientos judiciales más eficaces que posibiliten dar respuesta idónea a la pretensión del amparista.

En esta tesitura, queda claro que no cualquier reclamo puede ser canalizado por la vía del amparo, toda vez que tal como se encuentra perfilado constitucionalmente no deja de ser un remedio excepcional reservado para circunstancias graves.

En virtud de lo expresado cabe colegir que los argumentos esgrimidos por el Sr. Juez de la instancia anterior –los cuales comparto- no importan un prejuicio de su parte, conforme lo sostiene el quejoso, sino la posición jurídica en la cual el mismo se enrola en relación a los requisitos procesales de la vía intentada por los reclamantes, circunstancia esta por la cual considero que la interpretación que pretenden darle los recurrentes a la actividad desplegada por el judicante es,

a todas luces improcedente, máxime si se tiene presente que es deber constitucional de los magistrados motivar y/o fundar jurídicamente las decisiones que adoptan.

Por lo dicho corresponder desestimar el presente agravio en los términos pretendidos y, en consecuencia confirmar la resolución atacada en lo que al punto se refiere.

2) Respecto a la queja vinculada con la ilegitimidad del Decreto Municipal 2334/13 es dable destacar, conforme lo expuesto precedentemente, que la acción de amparo a la luz de lo prescripto por el art. 43 de la Constitución Nacional y art. 59 de la Constitución Provincial es una acción subsidiaria, viable sólo ante la inexistencia de otra que posibilite el adecuado resguardo del derecho invocado. Ello en atención a que vía judicial más idónea, en los términos de la manda constitucional (art. 43) es la adecuada a la naturaleza de la cuestión planteada conforme al régimen procesal vigente, con lo cual el amparo queda reservado a los supuestos en que existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y, además, las vías ordinarias carezcan de idoneidad para otorgar al justiciable una tutela judicial efectiva del derecho invocado.

Bajo la óptica aludida, considero que la vía intentada por los amparista a fin de restarle legitimidad a la norma emitida por la Municipalidad de San Martín de los Andes que cuestionan no resulta admisible en el caso traído a resolución, toda vez que la pretensión cuenta con una vía idónea de respuesta jurisdiccional como lo es, a mi entender, la acción procesal administrativa y las cautelares anticipatorias que se pueden solicitar en dicha instancia, aún con antelación a la promoción de la acción principal.

Los argumentos hasta aquí expresados -más allá del acierto u error de lo decidido por el judicante respecto a la falta de legitimación de los actores para cuestionar el acto administrativo por tratarse de un acto particular de la administración no notificado a los reclamantes-, resultan a mi entender suficientes para desestimar la queja intentada, máxime si se tiene presente que uno de los motivos por los cuales el Sr. Juez A quo descartó otorgar tutela jurisdiccional por medio del amparo intentado es porque consideró que la acción procesal administrativa era la vía idónea para el tratamiento del cuestionamiento deducido, fundamento este último del cual, a mi entender, no se hacen cargo los quejosos en su escrito recursivo.

3) Adentrándome en el estudio del cuestionamiento relacionado con el actuar omisivo endilgado por los amparistas al municipio demandado, cabe recordar que a la luz de la disposiciones constitucionales mencionadas en el inciso precedente, reiteradamente se ha sostenido que la procedencia de la acción de amparo requiere la comprobación de que el acto, hecho u omisión, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace el ejercicio de derechos o garantías constitucionales lo haga con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas (cfr. SCBA en causa B. 59.168, "Riusech", sent. del 16-II-1999; B. 58.002, "Rodríguez", sent. del 6-X-1998; B. 59.728, "Maida", sent. del 3-V-2000; B. 62.257, "Herrera", sent. del 3-X-2001; B. 64.413, "Club Estudiantes de La Plata", sent. del 4-IX-2002; B. 64.200, "Chacur", sent. del 27-XI-2002; B. 63.788, "Llusá", sent. del 25-V-2003; B. 65.372, "Asociación", sent. del 29-XII-2004; B. 65.114, "Giovannini", sent. del 9-V-2005, entre muchas otras en idéntico sentido).

La conducta es ilegal cuando no concuerda con la norma jurídica que prescribe lo debido, lo que importa una violación al orden jurídico, es decir que la ilegalidad se configura cuando el acto u omisión se hallan desprovistos de sustento normativo, prescindiendo lisa y llanamente de la ley. En tanto si se trata de una ley, un decreto o un reglamento, su ilegalidad se advierte cuando el contenido de la norma inferior no se conforma con las prescripciones de un precepto que le es superior.

Por otra parte la arbitrariedad se revela en una conducta caprichosa, irrazonable e injusta, desprovista de principios jurídicos.

Los recaudos aludidos -arbitrariedad o ilegalidad- deben presentarse de manera manifiesta, es decir, de forma clara, patente, palmaria, ostensible, indudable.

En este sentido, la exteriorización que no revista esa indiscutible notoriedad y que, en su caso, pueda resultar meramente opinable, excluye el carácter manifiesto de aquéllos y, en consecuencia, la viabilidad de la acción de amparo (cfr. SCBA, 12-10-11, -NT ECO In SIS SRL c/ Municipalidad de Moreno-, La Ley online, AP/JUR/3/2010).

Bajo el prisma normativo y jurisprudencial citado he de analizar la prueba rendida en el legajo, a los efectos de establecer si en autos se encuentran cumplidos los requisitos mencionados.

En los presentes, se ha acreditado que ante los sucesos fácticos acaecidos en la ciudad de San Martín de los Andes en el mes de junio de 2012 el municipio accionado requirió la realización de estudios sobre riesgos geológicos a la empresa Maccaferri Tecnored Ingeniería SRL y al Servicio de Geología y Minería de Argentina (Segemar), cuyos dictámenes obran glosados a fs. 13/23 y fs. 24/63, respectivamente.

Asimismo, a fs. 190/209 luce informe suscripto por el Sr. Guillermo Carnaghi en su carácter de Secretario de Gobierno de la Municipalidad de San Martín de los Andes –no observado y/o cuestionado por las partes- del cual se desprende que la Secretaría de Planificación y Desarrollo Sustentable, a la luz de las conclusiones y recomendaciones derivadas de estudio de riesgo geológico efectuado por el Servicio de Geología y Minería de Argentina (Segemar) y dentro de las posibilidades con las que cuenta el municipio en materia presupuestaria, realizó medidas no estructurales de mitigación de riesgo en la zona de Villa Paur como son "[…] Reforestación del sector, con filas de árboles de rápido crecimiento (se adjunta informe temporada 2014). Se proyecta continuar con la forestación este año 2015. […] Colocación de cartelería indicativa de "Alto Riesgo Geológico" y "Riesgo de Caídas de Rocas" en sectores aledaños (se adjunta informe)" (tex. fs. 199 in fine).

Así también del informe bajo análisis surge que no se autorizó trabajo alguno de movimiento de suelo ni de maquinarias pesadas en la zona afectada; que se planificó en la temporada 2015 (otoño – invierno) la plantación de árboles exóticos y nativos en el sector de derrumbe a fin de contener la reptación de suelos y eventual caída de rocas; y que no se solicitó (a la fecha del informe) formalmente un presupuesto a la empresa Macaferri para la realización de las tareas de mitigación por ella propuesta debido a que "…en el mes de noviembre de 2012 se recibió un informe solicitado al Servicio Geológico Minero de la Argentina (SEGEMAR), ente oficial con conocimiento en la temática de riesgos geoambientales, quienes recomendaron lo expresado en el informe con fecha 8-6-15, […] en cuanto a la aplicación de medidas no estructurales de mitigación de riesgos, ante la imposibilidad de reducir a cero los riesgos en el sector" (tex. fs. 209).

Cabe agregar que del acta de inspección ocular obrante a fs. 217 se desprende –como bien lo hace notar el sentenciante- que en el lugar (parte superior del risco) no se observa la existencia de loteo ni maquinaria ni personal trabajando, elemento de prueba éste que corrobora lo informado a fs. 209 respecto a la inexistencia de autorización de trabajo alguno de movimiento de suelo ni de maquinarias pesadas en la zona afectada.

El análisis del material probatorio colectado, a la luz de lo dispuesto por el art. 386 del C.P.C. y C., me permite concluir, en coincidencia con lo resuelto por el Magistrado de la anterior instancia, que la omisión endilgada por los amparistas al Municipio de San Martín de los Andes no reúne los requisitos exigidos para la procedencia de la acción intentada, conforme a los fundamentos normativos y jurisprudenciales esgrimidos precedentemente.

En virtud a los fundamentos vertidos estimo que corresponde rechazar la queja bajo estudio en los términos deducidas y, en consecuencia cabe confirmar la decisión apelada en lo que al punto se refiere.

4) Respecto al último agravio sustentado por los apelantes cabe recordar que la exención de costas que autoriza el art. art. 68 del C.P.C. y C. –aplicable en autos conforme las disposiciones del art. 20 de la ley 1981- procede en general, cuando "media razón fundada para litigar", expresión ésta que contempla aquellos supuestos en que, por las particularidades del caso, cabe considerar que el vencido actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del hecho invocado en el litigio. Sin embargo, no se trata de la mera creencia subjetiva en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino de la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para eximirlo de costas y sólo ha de disponérsela cuando existan motivos muy fundados, por la preponderancia del criterio objetivo de la derrota (cfr. CNACiv., Sala E, 26/12/97, "Becerra de Delgado, Ana Cecilia c/ Delgado, José Hugo s/ medidas precautorias").

En el supuesto bajo análisis no considero que obren motivos objetivos que justifiquen la exención solicitada, ello así en atención a que de los expedientes administrativos agregados por cuerda a la presente surge, como bien lo pone de resalto la parte demandada, que los actores previo al inicio de la litis tuvieron conocimiento de las acciones llevadas a

cabo por el Municipio tendientes a mitigar los riesgos geológicos en el sector de Villa Paur, como así también, que la actividad desplegada por la autoridad pública guardaba relación con el informe emitido por SEGEMAR.

Consecuentemente, cabe confirmar el pronunciamiento, en cuanto impone las costas de esta acción a los actores en su calidad de objetivamente vencidos.

V.- En virtud a los argumentos expuestos, doctrina y jurisprudencia citadas y en el entendimiento de haber dado respuesta a los cuestionamientos traídos a consideración de esta Alzada, estimo que corresponde rechazar el recurso de apelación intentado y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada en todo aquello que fuera materia de agravio para los actores recurrentes, con costas a cargo de los quejosos, por aplicación del principio objetivo de la derrota (cfr. arts. 68 del C.P.C. y C. y 20 de la ley 1981).

VI.- Atento el mérito, extensión, calidad del trabajo desarrollado, considero que los honorarios de Alzada deberán ser regulados de conformidad a las disposiciones del Art. 15 de la ley de aranceles profesionales.

En definitiva, de compartirse mi voto, correspondería: a) Confirmar el fallo de grado en todo cuanto fue materia de recurso y agravios; b) Fijar las costas de Alzada a cargo de los recurrente vencido; c) Regular los honorarios de segunda instancia conforme las puestas previstas en el art. 15 de la ley 1.594, con más IVA en caso de corresponder.

Así voto.

A su turno la Dra. María Julia Barrese dijo:

Coincido con las argumentaciones y conclusiones a las que arriba mi colega de sala en el voto que da inicio a este Acuerdo. A mayor abundamiento, he de adunar algunas consideraciones que reafirman lo expuesto por el Dr. Furlotti en su bien fundado pronunciamiento.

Como es sabido, dentro del marco de la acción de amparo intentada, constituye un recaudo insoslayable la exigencia relativa a que la arbitrariedad o ilegalidad imputada a la actividad u omisión –en el caso de la autoridad administrativa municipal- debe surgir en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos ni de un amplio debate o prueba.

Se ha exigido inexorablemente, desde los primeros esbozos jurisprudenciales y, posteriormente, desde la legislación, que la actividad administrativa cuestionada judicialmente por el cauce del amparo fuera palmariamente ilegítima y que tal circunstancia emergiera, sin necesidad de debate detenido o extenso.

Ello emerge de la normativa suprema nacional y la provincial (cfr. arts. 43 de la Constitución Nacional y 59 de la Carta Magna Provincial) y del ordenamiento sub legal aplicable en el ámbito local (cfr. art. 1 ley 1981).

Ahora bien, nos ilustra la jurisprudencia de nuestros tribunales que lo "manifiesto" refiere a la forma en la que se expresan las conductas cuestionadas, en cuanto aparecen claramente contrarias al derecho vigente, a la luz del análisis judicial habilitado por el marco cognoscitivo inherente al cauce de la acción de amparo. En consecuencia, probado el hecho o la omisión lesiva, el Juez debe advertir, sin asomo de duda, que se encuentra frente a una situación palmariamente ilegal o resultante de la irrazonable voluntad del sujeto demandado. (cfr. JUBA7-NQN-Q0000429). Siguiendo tales premisas, se ha entendido que: "para que sea procedente el amparo es necesario que el acto de la autoridad pública cuestionado sea manifiestamente arbitrario o manifiestamente ilegítimo, es decir, debe tratarse de algo descubierto, patente, claro, y tanto la doctrina como la jurisprudencia han exigido que los vicios sean inequívocos, incontestables, ciertos, ostensibles. El acto lesivo, fundamento de la acción de amparo exige como requisito la ilegalidad manifiesta, significando ello, según la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 244:179, 245:351), que el amparo no procede respecto de la actividad administrativa sino cuando ésta es inequívoca y manifiestamente ilegal, porque la razón de la institución de aquél no es someter a la supervisión judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, sino proveer el remedio inmediato contra la arbitraria invasión palmaria de derechos reconocidos por la Constitución Nacional. (PS.1993-III-523, Sala I). (JUBA7-NQN- Q0000362). Asimismo, la viabilidad del recurso a la vía excepcional del amparo requiere, entre otros presupuestos, que el derecho esgrimido sea cierto y líquido, de manera tal que no exija una indagación profunda para su elucidación". (JUBA7-NQN- Q0004118, autos "MADARIETA DE OCHOA SILVIA G. CONTRA CONSEJO PROV. DE EDUCACION S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. N° 1277-CA-1 PI 2002-T°I - F°59/60 - N°31. del 21/02/02, idem, Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería

Sala I, Ac. 83/2013, en autos "NAPOLITANO AMELIA MAGDALENA C/ I.S.S.N S/ ACCIÓN DE AMPARO"). Con tal aspecto fáctico a la vista, el juez tendrá que valorar jurídicamente a dicho obrar u omisión, a los fines de determinar si se traducen en una manifiesta, es decir visible, incontrastable, clara e ineludible arbitrariedad o ilegalidad. Téngase bien presente que lo manifiesto no es entonces la conducta, ni la medida del daño causado sino la virtualidad jurídica de la conducta dañosa (cfr. Rivas, Adolfo A. "Contribución al estudio del amparo en el derecho nacional" LA LEY1984-B, 931 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2008, 301).

En el caso sub análisis, coincido con mi colega de sala en que la amparista no ha logrado acreditar la existencia de una omisión manifiestamente ilegal o arbitraria desplegada por órganos de la municipalidad demandada, resultando, a mi juicio, de toda evidencia que frente a precisas razones asentadas en la sentencia impugnada no pueden prevalecer, de manera alguna, las genéricas reflexiones volcadas en el memorial de agravios a efectos de refutarlas (cfr. en este sentido, antigua Cámara en todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial, Ac. 66/2010 en autos "Ricardes Arnoldo Juan c/ Jacobs Arnold Luis s/ Posesión Veinteañal", Acuerdo 173/2012 dictado en autos "OSARAN, MARÍA ELENA C/ ALGAR S.A. S/ COBRO DE HABERES", Acuerdo Nro. 181/2012 en autos "Lezana David Alberto c/E.P.A.S. s/Acción de Amparo", mi voto en Acuerdo Nro. 47/2014, in re "SIFUENTES AMERICO C/ MUNICIPALIDAD DE CHOS MALAL S/ ACCION DE AMPARO", entre otros).

Dicho lo precedente, reitero mi adhesión al primer votante. Mi voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva de primera instancia y, en consecuencia, confirmarla en todo aquello que ha sido materia de agravios para la recurrente.

II.- Imponer las costas de Alzada a la accionante perdidosa (Cfr. artículo 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia en los siguientes importes: Al Dr. ..., en su doble carácter de letrado apoderado y patrocinante del actor, en la suma de PESOS DOS MIL SETECIENTOS DIEZ ($2.710,00); Al Dr. ..., patrocinante de la misma parte, en la suma de PESOS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y UNO ($1.231,00); al Dr. ..., también patrocinante del accionante, en la suma de PESOS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y UNO ($1.231,00); y, al Dr. ..., en el doble carácter por la parte demandada, en la suma de PESOS SEIS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO ($6,465,00) (Cfr. artículos 6, 10, 11 y 15 de la Ley Arancelaria). Los honorarios deberán ser abonados dentro de los diez (10) días de quedar firme la regulación, debiendo adicionarse el porcentaje correspondiente a la alícuota del I.V.A. en caso de que los beneficiarios acrediten su condición de responsables inscriptos frente al tributo. Todo bajo apercibimiento de ejecución.

III.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Definitivas N°: 80/2015

Dra. Victoria P. Boglio - Secretaria de Cámara

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"HERRERA ELENA GISEL C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 35357/2013) – Acuerdo: 81/15 – Fecha: 09/12/2015

DERECHO LABORAL: Accidente de trabajo.

INTERESES. COMIENZO DEL CURSO DE LOS INTERESES. DICTAMEN DE LA COMISION MÉDICA. TASA DE INTERES.

1.- Corresponde revocar la sentencia de la instancia de origen en lo atiente al momento inicial para efectuar el cálculo de los intereses sobre el capital reclamado por un accidente de trabajo. A mi entender, el momento inicial para el cálculo de intereses es el de la realización de Comisión Médica que determinó que la actora padecía una incapacidad de tipo permanente de 2,60% -16/01/2013 [...]. En este caso particular habiéndose habilitado el control judicial del dictamen de la Comisión Médica, el Juez privilegió el criterio sustentado por la pericia médica obrante en la causa. Ahora bien, la pericia viene a sustituir el criterio del dictamen de la Comisión y esa es la fecha en la que debió determinarse la incapacidad.

2.- En cuanto a la tasa de interés que deviene aplicable al sub lite ya este Cuerpo se ha expedido reiteradamente sentando criterio, en casos análogos al presente, ante la aplicación de un índice de actualización del capital de condena (en el caso, se aplicó el emergente de la Resolución de la Secretaría de Seguridad Social 06/15), resulta justo y equitativo establecer que al monto por el cual prospera la acción, se le aplique desde la fecha del dictamen de la Comisión Médica -16/01/2013- hasta el 31/08/2015, fecha limite a la que alude la Resolución 06/2015, la tasa de interés promedio que surja de la diferencia entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia del Neuquén, siendo que a partir de la fecha señalada y hasta su efectivo pago se deberá se deberá utilizar la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco en sus operaciones de descuento. (cfr. Acuerdo Nro. 34/2015 en autos "ESPINOZA CARES MARIA SILVIA C/ QBE ARGENTINA ART S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART).

Texto completo:

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los nueve (09) días del mes de Diciembre del año 2015, la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores María Julia Barrese y Pablo G. Furlotti, con la intervención del Secretario de Cámara Subrogante, Dr. Alexis F. Muñoz Medina, dicta sentencia en estos autos caratulados: "HERRERA ELENA GISEL C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", (Expte. Nro.: 35357, Año: 2013), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. María Julia Barrese, dijo: I.- Llegan a conocimiento de esta Sala las presentes actuaciones por el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 136/139 vta., contra la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda interpuesta por Elena Gisel Herrera condenando a PREVENCIÓN ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. a abonar a la actora la suma de PESOS UN MILLÓN NOVENTA Y CINCO

MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO CON DIECINUEVE CENTAVOS ($ 1.095.634,19), con más los respectivos intereses y costas.

II.- Descripción de los agravios:

Dos son los agravios que sustentan el recurso sub análisis, a saber:

A. En primer lugar, se queja la demandada por cuanto sostiene que el a quo ha fundado el pronunciamiento condenatorio en un dictamen pericial que fue cuestionado por su parte mediante una presentación considerada extemporánea.

Luego de relatar los diversos avatares procesales que concluyeran con la desestimación del recurso de revocatoria y de la apelación en subsidio interpuesta por su parte contra la providencia que declarara la extemporaneidad de su presentación, afirma que al momento de alegar, reiteró los cuestionamientos a las conclusiones a las que arribara el perito médico; no obstante lo cual el a quo ha desechado, de manera dogmática, sus argumentaciones, sin haber brindado respuesta alguna a las mismas.

Abunda en consideraciones acerca de la naturaleza y fuerza convincente del dictamen pericial, reiterando sus cuestionamientos en relación a la experticia médica rendida en autos, concluyendo que la misma no ha logrado desvirtuar el dictamen de la Comisión Médica Nro. 9 en cuanto a la patología que padece la actora, no obstante lo cual, al establecer el porcentaje de incapacidad, el perito médico no se ajustó al baremo establecido por la ley de Riesgos de Trabajo. Advierte a esta Cámara sobre la divergencia entre lo dictaminado por el perito y las conclusiones a las que arribara la Comisión Medica interviniente en el caso, así como también sobre la falta de precisión en el diagnóstico sobre las patologías de la actora. Afirma que el experto interviniente en autos no se ajustó a lo establecido en el baremo y en la tabla de evaluación de incapacidades de la LRT y decretos reglamentarios 658/96 y 659/96. Dice que su parte requirió al juez de grado que no se sujetara a ese dictamen porque no brindaba seguridad jurídica y carecía de suficiente sustento científico, no obstante lo cual el a quo, luego de haber desechado los pedidos de explicaciones adhirió a las conclusiones médicas periciales en su totalidad.

Solicita a este tribunal que produzca una nueva pericia o requiera explicaciones al experto en los términos solicitados por su parte, pedido que fue desestimado por el juzgador.

B. En segundo lugar, se agravia la demandada por la fecha a partir de la cual se dispuso la aplicación de intereses, argumentando que su parte no ha incurrido en mora, dado que actuó conforme a la normativa contenida el la LRT y al contrato que suscribió con la empleadora de la accionante. Concluye que el cómputo de intereses solo procedería desde la notificación de la sentencia, a partir de la cual su parte toma conocimiento de una determinación de ILP distinta y de la condena. Sostiene que su parte no fue intimada, ni notificada ni puesta en mora, hasta la promoción de la demanda y que no ha habido consolidación del daño hasta que el perito estimó un porcentaje de ILP y el juez de grado terminó fijando la misma. Agrega que los intereses son una sanción y que su mandante no ha incurrido en actividad o actuación alguna que merezca ser sancionada.

Aduna que al actualizar el monto indemnizatorio por el índice RIPTE, se han repotenciado las sumas adeudadas a la actora y que si a ello se adicionan intereses, los mismos no pueden ser fijados a la tasa activa, dado que de esa forma, se estaría trasgrediendo la legislación que veda tal posibilidad.

III.- La respuesta de la contraria:

A fs. 141/143 vta. la accionante responde el recurso de apelación, exponiendo en lo tocante al primer agravio, que la providencia que ordenó el traslado de la pericia se notificó por ministerio de la ley resultando extemporánea la impugnación presentada por la contraria, en virtud de lo establecido en el art. 21 de la ley 921 que trascribe y que fuera cumplido adecuadamente por el juzgador.

Dice que el cuestionamiento de la pericia no puede ser atendido atento a su extemporaneidad, dado que la etapa probatoria ha precluido. No obstante ello, refuta las impugnaciones de la demandada refiriendo que de conformidad a las conclusiones médico legales obrantes en el dictamen producido en autos, se desprende que el profesional interviniente determinó la incapacidad según el criterio de valoración establecido en la LRT y normativa complementaria, habiendo citado expresamente el decreto Nro. 659/96.

Luego, refuta a su contendiente en las consideraciones acerca de la ausencia de claridad del diagnóstico correspondiente a la accionante, trascribiendo una parte de la pericia de la que se concluye que la patología sufrida por la actora se vincula con el evento dañoso padecido y el accidente tiene la idoneidad de producirla.

Añade que el informe del consultor técnico coincide con las conclusiones del perito y que el judicante valoró la prueba pericial, considerando el porcentaje que el experto ha determinado. Cita jurisprudencia en aval de su postura, concluyendo que el agravio de la contraria debe ser desestimado por carecer de fundamento legal y de rigor científico.

En relación al segundo agravio de la demandada, requiere su rechazo, argumentando que la actora padece el daño desde la fecha del accidente y por tal razón, resultaría injusto que los intereses se devengaran con posterioridad, atendiendo a la impericia de una Comisión Médica cuestionada por su parte. Agrega que fue la actora lesionada e incapacitada quien debió aguardar la decisión judicial que acoge su derecho negado injustamente por la demandada. Señala que la ley 26773 dejó zanjada la cuestión al determinar con claridad, que los intereses se devengan desde el hecho dañoso.

IV.- Análisis de los agravios:

En lo que hace al primer aspecto del cuestionamiento referido a que el a quo ha resuelto conforme al dictamen pericial practicado a fs. 73/77, sin haber dado respuesta a la impugnación de la pericia efectuada por su parte, por haber considerado extemporáneo el cuestionamiento, no obstante haber sido reiterado al momento de alegar, en primer lugar, debo señalar que a efectos de desacreditar lo dictaminado por el perito medico, la impugnante debió presentar elementos de juicio que autoricen a concluir sobre los yerros en los que incurriera el experto. De allí, que no resulte suficiente plantear la disconformidad con lo dictaminado, siendo necesario aducir razones fundadas que autoricen al magistrado a apartarse de un dictamen que no se encuentre reñido con principios lógicos o máximas de experiencia. Entonces, quien impugna debe acompañar la prueba del caso o demostrar fehacientemente que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia o bien, que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (cfr. esta Sala en Acuerdo 14/2015 en autos "DE ALVEAR JORGE EMILIO C/ CARVAJAL FERNANDO A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS – MALA PRAXIS").

Como integrante de este Tribunal, he considerado que cuando, como en el caso, "los datos de los expertos no son compartidos por los litigantes, queda a cargo de éstos la prueba de la inexactitud de lo informado, siendo insuficientes las meras objeciones ya que es necesario algo más que disentir; es menester probar, arrimar evidencias capaces de convencer al juez que lo dicho por el especialista es incorrecto, que sus conclusiones son erradas o que los datos proporcionados como sostén de sus afirmaciones son equivocados" (cfr. al respecto, Acuerdo Nro. 73/2015 en autos "HERMOSILLA CARCAMO LUIS GUSTAVO C/ PÉREZ PUENTE MANUEL S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", con cita del precedente de la Cámara en todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial en Ac. Nro. 72/2010, voto de la suscripta en autos "Santana Cardo Carmen Rosa Ester y otra c/ Stubrin Darío Fabián s/ Daños y Perjuicios", Expte. CSMA: ° 177/10, y los autos "Rodríguez Serruys María Verónica y otros c/ Stubrin Darío Fabián s/ Daños y Perjuicios" y de lo resuelto por la CNCiv. Sala D, 20/12/05, "Artiñian, Ana I c/ Pérez, Juan s/ Daños y Perjuicios", cit. por Daray, ob. cit. T. 3, pág. 373). Se agregó en aquella oportunidad que: "para que las observaciones puedan tener favorable acogida, es preciso aportar probanzas de mayor rigor técnico o científico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en la pericia" (cfr. Ac. cit. con jurisprudencia de la CNCiv, Sala E, 3/9/97, "Orillo, Teresa del V. C/ Empresa Cárdenas S.A. s/ daños y perjuicios").

A mi entender, tales exigencias no se han verificado en estas actuaciones, dado que la accionada no ha aportado pruebas de idéntico rigor científico, a efectos de desacreditar la experticia rendida en los presentes, siendo insuficientes sus objeciones para conmover las conclusiones a las que arribara el experto actuante en autos.

Las argumentaciones tendientes a desacreditar la resolución del a quo respecto a la extemporaneidad de la impugnación a la prueba pericial efectuada por su parte, resultan a mi juicio, inconducentes, dado que la apelante intenta reeditar en esta instancia una cuestión procesal sobre la que pesa el principio de preclusión. Cabe señalar a esta altura de las consideraciones que la demandada ha consentido la resolución obrante a fs. 89 que rechazó el

recurso de revocatoria y el de apelación en subsidio contra la providencia de fs. 87 que desestimara, por extemporáneo, su escrito dirigido a impugnar las conclusiones del experto médico interviniente.

Se añade que la agraviada pudo haber recurrido -mediante queja- la resolución del 26/11/2014 y no lo hizo, dado que sustentándose su actual cuestionamiento en la supuesta violación del derecho constitucional al debido procedimiento adjetivo, dicho motivo hubiera autorizado a la Alzada a soslayar la rigidez de lo prescripto en el artículo 379 del Cod. Procesal, de haberse advertido que con la denegatoria de la apelación dispuesta en la anterior instancia, podría plasmarse una solución ritualista por sobre la verdad jurídica objetiva (cfr. RI Nro. 48/2009 del registro de la Cámara en todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial).

Tampoco merece entidad suficiente el agravio relativo a la supuesta falta de atención de las argumentaciones impugnatorias formuladas por su parte al alegar, dado que como ya se ha pronunciado en otras ocasiones esta Sala: "se debe ser muy severo en el análisis de impugnaciones que se realicen en el alegato y mucho más, por supuesto, al expresar agravios, si no se las planteó durante la etapa pertinente, pues muchas veces se recurre a este medio como vía de escape para tratar de librarse de una probanza desfavorable sin correr el riesgo de que al contestar las impugnaciones o dar las explicaciones el perito pueda aportar nuevos elementos de juicio que confirmen aún más su dictamen. No es que se niegue a las partes el derecho para que al alegar sobre el mérito de la prueba cuestionen el dictamen del perito, toda vez que ese dictamen constituye un elemento de juicio sobre el que están específicamente llamadas a pronunciarse, mas lo que no puede aceptarse es que por esta vía se pretenda introducir cuestiones sobre las que el perito carece ya de las posibilidades de contestar" (cfr. Ac. N° 39/2014 – Registro de la OAPyG de Zapala- en autos "Ñancucheo Anacleto c/ Federación Patronal Seguros S.A. y otro s/ D. U P. Inconstitucionalidad L. 24557" con cita del Acuerdo de la Cámara en todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial Nro. 146/2011, en autos "Cortes Kutscher Patricia Hayde c/ Rincón de los Andes S.A. s/ Daños y Perjuicios").

Desde esta óptica restrictiva debo concluir, entonces, que siempre que el dictamen pericial sea coherente con los extremos fácticos invocados en el proceso, se encuentre debidamente fundado y no medien elementos de juicio adversos, resultará arbitrario apartarse de sus conclusiones.

La jurisprudencia nacional se ha encargado de destacar que: "Si bien los jueces tienen amplia libertad para ponderar el dictamen pericial, ello no implica que puedan apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo. Para hacerlo, deben basarse en argumentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se halla reñida con principios lógicos y máximas de experiencia, o si existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar convicción sobre la verdad de los hechos. Así pues cuando el peritaje aparece fundado suficientemente y sin que se le opongan argumentaciones de mayor peso, cabe estar a sus conclusiones" (CNCom, Sala C, 10/12/2002, ED 203-196, entre otros fallos en idéntico sentido).

En lo alusivo a la discrepancia que plantea la agraviada, entre las conclusiones acerca del grado de ILP que padece la actora a las que ha arribado el Dictamen de la Comisión Médica Nro. 9 y las del perito actuante en autos, advierto que el objeto de la presente acción judicial se encuentra justamente, enderezado a obtener la revisión del mencionado dictamen emitido en sede administrativa. En tal contexto, la pericia médica efectuada en el proceso, con la explicación detallada de las operaciones técnicas efectuadas y con fundamentos científicos ponderados por el a quo, debe prevalecer sobre el dictamen administrativo cuyo control judicial ha sido requerido.

Se ha resuelto al respecto que "quien impugna, debe señalar cuáles han sido los errores técnicos en que ha incurrido el perito oficial en el cumplimiento de la misión encomendada por el Tribunal, pues en caso contrario, y teniendo presente el interés de la parte que pretende atacar ese acto, siempre habrá de preferirse al dictamen del perito oficial por otorgar al Tribunal mayores garantías de imparcialidad y objetividad" (cfr. Cámara del Trabajo de Córdoba, sala 10, Irrazabal, Germán Arnaldo c. Responsabilidad Patronal A.R.T. S.A. s/ ordinario accidente (ley de riesgos) • 27/12/2012, www.laleyonline.com.ar).

Tampoco procede el requerimiento de una nueva prueba pericial formulado en esta instancia por la recurrente, dado que la apertura a prueba en la alzada importa una ampliación del debate probatorio y significa una excepción al

régimen preclusivo del proceso, lo cual permite calificar de excepcional su admisión a fin de no convertir la segunda instancia en una faz de dilación del proceso o reabrir cuestiones sobre procedimiento precluidas.

La jurisprudencia es ilustrativa al respecto en tanto se ha considerado que la apertura a prueba en segunda instancia reviste carácter restrictivo, reconociéndose sólo las excepciones previstas por el art. 260 del CPr., considerando taxativa la enunciación y que "... en orden a la idea que la segunda instancia no importa un nuevo juicio, sino solamente la verificación de la justicia de la sentencia en base a los elementos reunidos por el a-quo, sólo excepcionalmente se permite presentar ante la Alzada nuevas pruebas o intentar reproducir las que fracasaron en primera instancia..." (cfr. CAMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT Sala B (Graciela Mercedes García Blanco Marta Susana Reynoso de Roberts Nélida Susana Melero) S., S. E. c/ B. R. Sucursal Comodoro Rivadavia y otro s/ Daños y Perjuicios, base de datos www.infojus.gob.ar).

Por las razones expuestas, mi propuesta al Acuerdo consiste en la desestimación del agravio sub análisis.

B. Diversa suerte ha de correr el agravio relativo al curso de los intereses dado que coincido con la apelante en que el tema se circunscribe a dilucidar desde cuándo la A.R.T. entra en mora y se le hace exigible la obligación: Se pueden establecer "prima facie" cinco (5) supuestos: 1) ¿Desde el dictamen de la Comisión Médica?; 2) ¿Desde la fecha del accidente?; 3) ¿Desde la fecha de la pericia?; 4) ¿Desde la fecha de la sentencia?; 5) ¿Desde la fecha de los certificados donde se determina la incapacidad?.

A mi entender, el momento inicial para el cálculo de intereses es el de la realización de Comisión Médica que determinó que la actora padecía una incapacidad de tipo permanente de 2,60% -16/01/2013 cfr. constancias de fs. 4/8-. En este caso particular habiéndose habilitado el control judicial del dictamen de la Comisión Médica, el Juez privilegió el criterio sustentado por la pericia médica obrante en la causa. Ahora bien, la pericia viene a sustituir el criterio del dictamen de la Comisión y esa es la fecha en la que debió determinarse la incapacidad.

Por lo tanto, el momento inicial para el cálculo de intereses no debe ser computado desde la fecha del accidente, ni desde la fecha de la sentencia, ni desde la pericia, sino desde la fecha en que se expidió la Comisión Médica, que es la que hubiera correspondido si el dictamen de la Comisión se hubiera ajustado a derecho. Sigo en este sentido, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza en el precedente "Carballo, Pedro Froilán vs. La Caja ART S.A." del 23/11/2004 (Rubinzal Online, Cita: RC J 2124/06).

En cuanto a la tasa de interés que deviene aplicable al sub lite ya este Cuerpo se ha expedido reiteradamente sentando criterio, en casos análogos al presente, ante la aplicación de un índice de actualización del capital de condena (en el caso, se aplicó el emergente de la Resolución de la Secretaría de Seguridad Social 06/15), resulta justo y equitativo establecer que al monto por el cual prospera la acción, se le aplique desde la fecha del dictamen de la Comisión Médica -16/01/2013- hasta el 31/08/2015, fecha limite a la que alude la Resolución 06/2015, la tasa de interés promedio que surja de la diferencia entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia del Neuquén, siendo que a partir de la fecha señalada y hasta su efectivo pago se deberá se deberá utilizar la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco en sus operaciones de descuento. (cfr. Acuerdo Nro. 34/2015 en autos "ESPINOZA CARES MARIA SILVIA C/ QBE ARGENTINA ART S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART).Por ello, propongo al Acuerdo el acogimiento de este agravio.

V. Conclusión: mi propuesta al Acuerdo es la siguiente: 1. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada y en consecuencia, modificar el decisorio de la anterior instancia estableciendo que los intereses sobre el capital reclamado deberán ser computados desde la fecha en que se expidió la Comisión Médica Nro. 9, esto es el día 16/01/2013; 2. Al monto por el cual prospera la acción, deberá aplicarse desde la fecha del dictamen de la Comisión Médica -16/01/2013- hasta el 31/08/2015, fecha limite a la que alude la Resolución 06/2015, la tasa de interés promedio que surja de la diferencia entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia del Neuquén, siendo que a partir de la fecha señalada (31/08/2015) y hasta su efectivo pago se deberá utilizar la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco en sus operaciones de descuento; 3) Atento a la procedencia parcial del recurso de apelación interpuesto y a la índole laboral del reclamo propongo que las costas de esta instancia sean soportadas en un 80% por

la demandada apelante y en un 20% por la actora vencida parcialmente en esta instancia; 4) diferir la regulación de los honorarios de Alzada hasta que se cuente con pautas para ello. Mi voto.

A su turno, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, modificar la sentencia de primera instancia, estableciendo que los intereses sobre el importe de condena corren desde la fecha en que se expidió la Comisión Médica Nro. 9 (16/01/2013). De igual manera, determinar que los mismos se calcularán, desde el 16/01/2013 hasta el 31/08/2015, según la tasa de interés promedio que surja de la diferencia entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia del Neuquén; y a partir del 31/08/2015 y hasta el efectivo pago según la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco en sus operaciones de descuento.

II.- Imponer las costas de Alzada en un ochenta por ciento (80%) a cargo de la parte demandada y en un veinte por ciento (20%) a cargo de la actora, por los motivos expresados en la presente.

III.- Diferir la regulación de honorarios de segunda instancia para el momento procesal oportuno.

IV.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Definitivas N°: 81/2015

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"REINHOLD ALEJANDRO FEDERICO C/ LA CORDILLERANA S.A. Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS" - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 3622/2012) – Acuerdo: 85/15 – Fecha: 11/12/2015

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

PRESUNCION LEGAL DE LA EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO. VALORACION DE LA PRUEBA. MULTA ART. 2 LEY 25323.

1.- En lo concerniente a la presunción legal de la existencia de contrato de trabajo por la prestación de servicios -art. 23 de la LCT- me he enrolado en precedentes, y sostengo en éste, en la tesis amplia, que exige que sólo debe probarse la prestación de servicios, ya que en lo que atañe a la subordinación, el texto de la norma refiere que "...el hecho de la prestación de los servicios" hará presumir la existencia de un "contrato de trabajo" y si esto es así, el contrato de trabajo encuentra su nota típica en la dependencia (art. 21 de la L.C.T.). Consecuentemente, acreditada la prestación de

servicios y presumido el contrato de trabajo, no es necesario probar la subordinación, porque la norma la presume; si además, hubiere que probar que el trabajo fue desempeñado bajo dependencia, la presunción quedaría vacía de contenido y carecería de sentido, además de resultar tautológica, siendo esta la opinión predominante (conf. Fernández Madrid, Juan Carlos; Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo I, pág. 695 con cita de Perugini y fs. 696/699).

2.- En torno a la –multa- del art. 2° de la ley 25323, he tenido oportunidad de votar en primer lugar en autos "PEREZ GABRIELA ADRIANA C/ SU MAYORISTA SA S/ INDEMNIZACION" (Expte N 37639/2014) (en Acuerdo N° 35 - Año 2015, del Registro de la OAPyG de trámite), donde he sentado postura en relación a este tema, esto es, también la procedencia en caso de despido indirecto.

Texto completo:

ACUERDO: En la Ciudad de Cutral Có, Provincia del Neuquén, a los once (11) días del mes de Diciembre del año 2015, la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctoras Alejandra Barroso y Gabriela B. Calaccio, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Victoria P. Boglio, dicta sentencia en estos autos caratulados: "REINHOLD ALEJANDRO FEDERICO C/ LA CORDILLERANA S.A. Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", (Expte. Nro.: 3622, Año: 2012), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia de Villa La Angostura, con asiento en dicha ciudad.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Gabriela B. Calaccio, dijo:

I.- Que vienen estos autos en apelación en orden al recurso deducido por la demandada contra la sentencia dictada en fecha 5 de junio del 2015, obrante a fs. 323/331 y vta., que admite la demanda entablada, considerando que se encuentra acreditada la relación laboral entre las partes desde el día 4 de julio del 2011 hasta el día 19 de diciembre del mismo año, fecha en la cual el actor se considera despedido por culpa de la accionada, la fecha de ingreso, tareas desarrolladas y la remuneración reclamada, como también las causas invocadas para el distracto. En ese entendimiento, condena en consecuencia al pago de la liquidación practicada a fs. 330 vta. con los intereses correspondientes, impone costas y difiere la regulación de honorarios.

Contra tal decisión se alza la demandada expresando los agravios (fs. 338/342) que le causa la sentencia dictada en autos, que son respondidos por la actora (fs. 346/363) en los términos que surgen de tal pieza procesal.

II.- Que la apelante cuestiona la sentencia en cinco agravios.

En el primero considera que el juzgador incurre en arbitrariedad en tanto funda su convicción en el testimonio, que analiza, de dos ex dependientes de la demandada, que no aportan elementos de convicción para considerar que entre la partes medió relación de dependencia, refiriéndose a las características, en nuestro ordenamiento, del trabajo así prestado.

Considera que el juez no ha indicado los elementos de prueba que consideró para resolver de la manera que lo hizo, insistiendo sobre la orfandad probatoria en torno a la relación de dependencia y fecha de ingreso. Sostiene que no puede aplicarse el art. 9 de la LCT para suplir la ausencia de prueba, haciendo referencia al informe de fs. 82/85.

En el segundo agravio considera que no hay ninguna prueba que acredite que el actor haya trabajado bajo un contrato de trabajo no registrado, soslayando lo dicho en la contestación de demanda, en referencia a distintos procesos en los cuales ha sido demandada, considerando de cardinal importancia los informes de AFIP Y OSDE.

En el tercer y cuarto agravio se queja porque sostiene que no hay pruebas que acrediten sobre las tareas y remuneración percibida por el actor.

En el quinto agravio entiende que no corresponde la aplicación de la multa del art. 8 de la ley 24.013 y la penalidad impuesta por el art. 80 de la LCT, por no tratarse de una relación laboral, sino de una locación de servicios, haciendo referencia nuevamente a los informes de AFIP y OSDE.

Con relación a la del art. 2 de la ley 25.323, reitera la ausencia de relación de dependencia y además por tratarse de un despido indirecto, citando jurisprudencia relacionada con el tema, a la cual me remito en honor a la brevedad.

III.- Que corresponde ingresar en el análisis del escrito recursivo a fin de evaluar si cumple con las exigencias del art. 265 del CPCC de aplicación supletoria en orden al art. 54 de la ley 921 y en esa dirección y ponderado que fuera con criterio amplio y favorable a la apertura del recurso, conforme precedentes de esta Sala para armonizar adecuadamente las exigencias legales y la garantía de la defensa en juicio, encuentro que aún, con suficiencia mínima responde a aquellas pautas, habilitando su tratamiento.

IV.- Que como lo he sostenido en numerosos precedentes de esta Sala, los jueces no estamos obligados a seguir puntillosamente todas las alegaciones de las partes, sino aquellas que guarden estrecha relación con la cuestión discutida, ni ponderar todas las medidas de prueba sino las que sean conducentes y tengan relevancia para decidir la cuestión sometida a juzgamiento.

En aquella dirección trataré integralmente los primeros cuatro agravios pues, con algún matiz, versan sobre la actividad probatoria desarrollada por las partes y la certeza del juez en torno de ellas.

En ese sentido la actora parte de la existencia de una relación laboral, y, la demandada, aunque reconociendo prestación de servicios de éste, afirma sobre una vinculación de naturaleza civil, recurriendo para ello a la crítica y parcialidad en torno a la prueba analizada. En este aspecto "...En materia de prueba el juzgador tiene un amplio margen de apreciación, por lo que puede inclinarse por lo que le merece mayor fe en concordancia con los demás elementos de mérito que puedan obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado. No está obligado, por ende, a seguir a las partes en todas las argumentaciones que se le presenten, ni a examinar cada una de las probanzas aportadas a la causa, sino sólo las pertinentes para resolver lo planteado" (C.O.O vs. Municipalidad de General San Martín s/ pretensión anulatoria" (Cam de Ap contencioso administrativo General San Martín 18-oc-11.-Rubinzal Online RCJ 13128/11).

Ahora bien, conforme los términos en que quedara trabada la Litis, y de acuerdo a la presunción que emana del art. 23 de la LCT, correspondía que la demandada desvirtuara la misma, circunstancia que no logró en el presente.

En este sentido me he enrolado en precedentes, y sostengo en éste, en la tesis amplia, que exige que sólo debe probarse la prestación de servicios, ya que en lo que atañe a la subordinación, el texto de la norma refiere que "...el hecho de la prestación de los servicios" hará presumir la existencia de un "contrato de trabajo" y si esto es así, el contrato de trabajo encuentra su nota típica en la dependencia (art. 21 de la L.C.T.).

Consecuentemente, acreditada la prestación de servicios y presumido el contrato de trabajo, no es necesario probar la subordinación, porque la norma la presume; si además, hubiere que probar que el trabajo fue desempeñado bajo dependencia, la presunción quedaría vacía de contenido y carecería de sentido, además de resultar tautológica, siendo esta la opinión predominante (conf. Fernández Madrid, Juan Carlos; Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo I, pág. 695 con cita de Perugini y fs. 696/699) "...El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio. Se ha consagrado legislativamente esta presunción, a fin de facilitar la prueba de la existencia del contrato de trabajo: el trabajador debe probar la prestación de los servicios para otro y a este último le corresponderá acreditar que esos servicios no tipifican una relación laboral dependiente. La presunción legal responde a la naturaleza de las cosas y plasma el principio protectorio que rige en materia de derecho del trabajo..." (cf. CNAT Sala XSD 7456 del 22/11/99 in re: "Retamar de Luque Angélia c/ Montisol Argentina SA s/ Despido"; "Egialeo Roberto vs. Rey Oscar Antonio s. Despido", CNAT Sala X Rubinzal Online RCJ 704/07) (voto de la suscripta en "MANCHINI SERGIO ENRIQUE C/ COOPERATIVA DE

ENERGIA ELECTRICA DE ZAPALA S/ COBRO DE HABERES", Expte. N. 18066 Año 2012; Acuerdo N° 35, FOLIO 02, AÑO 2014, del Registro de la OAPyG de Zapala).

Sentado lo anterior y analizada la totalidad de la prueba, debo concluir con el Magistrado sobre el carácter laboral de la relación que unió a las partes, que no fuera desvirtuada por las informativas de fs. 82/86 como sostiene el requirente, ya que "... Debe considerarse que existió relación de dependencia en el caso de una persona que prestó servicios como editora de una revista ("Club del Vino") ante una organización y estructura empresaria que le resultaba ajena, y por los que percibía una remuneración en forma mensual. La circunstancia de que facturara por las tareas realizadas o que estuviera inscripta en la AFIP como monotributista, no reviste trascendencia a los fines de determinar el tipo de relación habida entre las partes, pues en el ámbito del derecho del trabajo debe darse preeminencia al principio de "primacía de la realidad". Si bien en la especie las notas que caracterizan al contrato de trabajo pueden parecer desdibujadas por la naturaleza de las funciones que la actora tenía a su cargo y el tipo de actividad que desarrollaba, esto es, la falta de un horario fijo y determinado y la flexibilidad en el cumplimiento de las jornadas de trabajo, y los notables rasgos de autonomía en el despliegue de su labor, ello no impide la calificación laboral del vínculo…" ("Kamien Ana Micaela vs. Club del Vino SA y otro s.despido"; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IX; 31 de mayo 2010 Rubinzal Online RC J 13455/10). "...- La circunstancia de estar inscripto como autónomo y facturar sus servicios, no genera la improcedencia de este reclamo, pues no puede ser interpretada esa conducta como aceptación tácita de la forma en que se desarrollaba la relación laboral (arts. 12 y 58 LCT). Más allá de las formas que pudieren utilizarse, comparto con la "aquo", que la naturaleza de la vinculación jurídica de las partes, ha de resultar de la realidad de la relación observada entre aquellas...". (Del precedente ya citado).

En relación a la prueba testimonial, tan controvertida por la requirente, considero que los testimonios resultan concluyentes en cuanto al eje de la cuestión, adhiriendo al análisis efectuado en este aspecto por el "aquo", cuyos argumentos no fueran criticados por la apelante, quien no se hace cargo de los mismos.

En aquellos términos los testigos (fs. 226 y vta., 227/228 y 250/251), dan cuenta sobre el carácter de la relación que unió a las partes, las actividades desarrolladas por el actor a las órdenes de la demandada y la fecha de ingreso, ya que en torno a ésta los testimonios son coincidentes en fijarla en el mes de julio, ampliando Kovacs "...no recuerdo el día exacto pero la presentación fue en julio del 2011...".

A mayor abundamiento debo señalar que la prueba testimonial reseñada, respecto de la cual la apelante siembra un cierto manto de duda en torno a su parcialidad, a mi criterio, reviste valor convictivo y fuerza probatoria, recreando aspectos que fueran expuestos en la demanda. En tal sentido, conforme lo dispone el art. 386 del CPCC, de aplicación supletoria en virtud del art. 54 de la ley 921, "…los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica…" método global científico, que tiene por objeto formar la certeza en el magistrado, respecto de los hechos, para poder decidir las causas (cfr. Enrique Falcón, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, t. IV, pág 994).

Los tribunales han tenido oportunidad de expedirse en relación a este tópico "…La prueba producida debe valorarse conforme a las normas de la sana crítica, la cual no nace en si misma, ni se cierra en los límites de un carácter abstracto sino que es la consecuencia de un razonamiento integrado, en el cual se conectan los hechos y los elementos probatorios aportados por las partes, para llegar al derecho aplicable" (cfr. CNCiv , Sala H, 2000-4-5- "Romano Ezequiel y otros c/ Ritosa Andrea y otros" –LL 2000F, 271) "La apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, …implica que es lo aconsejado por el buen sentido, aplicado con recto criterio, extraídas de la lógica, basada en la ciencia, la experiencia y en la observación de todos los elementos aportados al proceso. El Juez debe examinar los testimonios libre de prejuicios, convencido de que la mayoría de los actos humanos no responden a la lógica; cabe separar aquéllas partes que le parezcan sinceras y veraces, de las otras que crea mendaces o erradas porque no hay indivisibilidad del testimonio y el testigo puede recordar unas circunstancias y otras no, unos aspectos del hecho y otros no..." (CNAPT "Laferte Débora c/ Pereyra Olga s/ Despido"; 5/11/14). (citado por la suscripta en primer voto, en el precedente ya indicado).

En torno al agravio formulado en cuarto lugar, sin perjuicio de la absoluta ausencia de crítica en torno a esta cuestión, que habilitaría la deserción, olvida el requirente las claras disposiciones contenidas en los arts. 38 de la ley 921 y 56 de la LCT, apareciendo a mi criterio suficiente el argumento esgrimido por el "aquo", conforme la prueba rendida en autos, referenciada en párrafos anteriores.

Finalmente en orden al quinto agravio, tampoco puede prosperar, no sólo por la absoluta ausencia de crítica, sino porque en el caso de la multa del art. 8° de la ley 24.013 y 80 de la LCT, habiéndose probado la relación laboral que vinculó a las partes y la ausencia de registro, sumado a las intimaciones de fs. 5/9/11 y 12, que resultan copia fiel del original impuesto en el Correo oficial, las hacen procedentes.

En torno a la del art. 2° de la ley 25323, he tenido oportunidad de votar en primer lugar en autos "PEREZ GABRIELA ADRIANA C/SU MAYORISTA SA S/ INDEMNIZACION" (Expte N 37639/2014) (en Acuerdo N° 35 - Año 2015, del Registro de la OAPyG de trámite), donde he sentado postura en relación a este tema, esto es, también la procedencia en caso de despido indirecto.

En aquél precedente rescaté la postura del Fiscal General Eduardo Alvarez: "...en estricto paralelo con lo resuelto en el Plenario de la CNAT n° 310 (en la causa "Ruiz Víctor H c/ UADE" del 1-3-2006), cabe considerar que el incremento que motiva este comentario procede tanto en supuestos de despido directo injustificado como en la denuncia del trabajador fundada en justa causa". Tal como observó en dicha oportunidad el fiscal general Eduardo Álvarez, una clara tradición conduce a la "igualación de los efectos" entre ambas modalidades extintivas, con independencia de quien tenga la iniciativa resolutoria, a la par que "una profunda racionalidad jurídica" determina que no puede obtener consecuencias menos gravosas el empleador que –mediante sus incumplimientos injuriosos –induce al trabajador a considerarse despedido. Agregaba el doctor Guibourg en su voto que, en definitiva, lo que importa es que la extinción sea imputable a una conducta antijurídica del patrono. (Revista de Derecho Laboral-Contratación y registración laboral-Rubinzal Culzoni editores-tomo 2009-2, pág. 409).

V.- En consecuencia y conforme lo dicho propongo al Acuerdo: 1.- confirmar la sentencia cuestionada en todo lo que fuera materia de agravios; 2.- Costas al apelante perdidoso (art. 68 del CPCC); 3.- Diferir la regulación de honorarios hasta la etapa procesal oportuna (art. 15 LA).

A su turno, la Dra. Alejandra Barroso, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia definitiva de primera instancia y, en consecuencia, confirmarla en todo aquello que ha sido motivo de agravios para la apelante.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada perdidosa, difiriendo la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente a la parte demandada y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso

Registro de Sentencias Definitivas N°: 85/2015

Dra. Victoria P. Boglio - Secretaria de Cámara

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"DAGNINO JAVIER ALFREDO C/ GLUZMAN MARTIN S/ INC. DESALOJO INMUEBLE" - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 654/2015) – Interlocutoria: 115/15 – Fecha: 09/12/2015

DERECHO PROCESAL: Declaración de puro derecho.

TRAMITE INCIDENTAL. APERTURA A PRUEBA. FACULTAD DEL JUEZ.

1.- [...] basta jurisprudencia nacional y provincial han dicho también que la apertura a prueba de los incidentes es una facultad potestativa del juez, quien si considera que existen suficientes elementos de juicio puede resolver sin recibir el material probatorio que fuera ofrecido por las partes. En el caso que ahora analizamos, el a quo ha estimado que la prueba ofrecida por las partes es innecesaria para dictar resolución, pues entendemos que con las constancias del principal es suficiente para dictar la sentencia de mérito. (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Loureiro, José M. v. Lubians Vierna, L. y/o demás ocupantes. s/ desalojo por vencimiento del plazo locativo. Recurso de queja", 08/06/2005; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, "G., J. M. y otra", 07/03/1983, "Edificadora Ayacucho 1358, S. R. L. c. Martínez, N.", 31/03/1980; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, "B. de T., E. L. c. T., N", 13/08/1981; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Tardito, Guido, suc", 25/06/1979; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, "A. de P., L. R. c. P., H. A", 09/03/1983; Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala II, "Boronat Laino, Cesar Luis c. Boronat Diana Graciela y otro", 24/02/2009 con los votos de los Dres. Medori y Videla Sánchez, entre muchos otros, todos pueden leerse en www.laleyonline.com.ar).

2.- Siguiendo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entendemos que la declaración de puro derecho procede no sólo cuando no existen hechos controvertidos sino también cuando no se hubieren alegado hechos conducentes (artículo 360 Código Procesal) y el juez se encuentre en condiciones de resolver las cuestiones propuestas sin necesidad de recurrir a ese medio, puesto que no impide al sentenciante la dilucidación de los hechos controvertidos a partir de las constancias agregadas en los autos y la subsunción de tales hechos en el marco jurídico que el juzgador estime que corresponde al caso (Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nacion, "Tactician Int. Corp. y otros v. Dirección General de Fabricaciones Militares, cumplimiento de contrato", 15/03/1994 puede leerse en www.csjn.gov.ar).

Texto completo:

San Martín de los Andes, 09 de Diciembre del año 2015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "DAGNINO JAVIER ALFREDO C/ GLUZMAN MARTIN S/ INC. DESALOJO INMUEBLE" (INC. Nro. 654, Año 2015), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Vienen los presentes a estudio de esta Sala II, para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto a fojas 59 y fundado por la parte demandada a fs. 61, contra la providencia dictada a fs. 58, de fecha 27/07/2015, por medio de la cual el sentenciante de grado entiende que por no existir hechos controvertidos conducentes, la presente causa debe declararse como de puro derecho conforme lo dispuesto por los articulo 359 y 489 del Código Procesal.

II.- Refiere el recurrente que el a quo ha efectuado una errónea apreciación de los hechos alegados por las partes.

Indica que tanto de la lectura del escrito de inicio del presente incidente, como de la contestación y ofrecimiento de prueba, se puede advertir que existen hechos controvertidos que deben ser objeto de comprobación.

Considera también, que no resulta ser un dato menor, que no solo el demandado consideró que debía abrirse esta causa a prueba, sino que también ha sido el propio actor quien lo ha requerido, solicitado expresamente a fojas 48 de estos autos la apertura a prueba este incidente.

III.- Corrido el pertinente traslado a fojas 62, el mismo es contestado a fojas 64/66.

Expresa la parte actora que de las constancias de este expediente surge claramente que los elementos probatorios aportados a la causa por ambas partes son suficientes para emitir pronunciamiento, por lo que solicita se rechace el recurso interpuesto por la parte demandada.

Explica que el a quo ha considerado que no existían hechos controvertidos y conducentes que probar para resolver la cuestión objeto de esta litis.

Considera que los medios de prueba ofrecidos por la parte apelante serían más que dilatorios, puesto que las constancias documentales en que se basa la pretensión de la parte actora, son instrumentos públicos realizados por un auxiliar de la justicia –martillero designado para la subasta judicial-, quien da plena fe de los actos ocurridos en su presencia. Cita doctrina y jurisprudencia que considera apoyan la postura por él asumida.

IV.- Liminarmente, y en uso de las facultades conferidas a este Cuerpo, corresponde examinar si el memorial reúne los requisitos formales exigidos por el art. 265 del Código Procesal, teniendo en cuenta la gravedad con que el art. 266 del mismo ordenamiento sanciona las falencias del escrito recursivo.

En este orden, consideramos que la queja traída cumple, aunque mínimamente, con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C. Hemos realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica).

Sentado ello, e ingresando al análisis recursivo, adelantamos que, no obstante lo señalado en el párrafo que precede, habremos de confirmar la providencia en crisis, conforme lo que seguidamente argumentamos.

Principiando el analisis, debemos aclarar que en el ámbito de nuestro derecho, se dice que existe una cuestión de "puro derecho", cuando el demandado reconoce el hecho constitutivo invocado por el actor, pero niega que una norma jurídica tutele las pretensiones de éste; y también cuando la única probanza merituable en el caso no reclama la apertura de la causa a prueba. A la vez, puede afirmarse que la declaración de una cuestión como de "puro derecho" depende no tanto de la inexistencia de hechos controvertidos, como de la falta de necesidad de abrir la causa a prueba (cfr. Isidoro Einer, en "Algo más sobre la rebeldía, carga de la prueba y cuestiones de puro derecho", en LA LEY, 144-971; asimismo Jorge W. Peyrano, en "Las cuestiones de puro derecho en el proceso dispositivo de plena cognición" en JA, 1978-1, p. 698), tal como el magistrado de grado ha considerado en las presentes actuaciones.

Siguiendo destacada doctrina nacional, entendemos que tal como lo prescribe el artículo 181 del Código de Procedimiento, la apertura a prueba en los incidentes es una facultad privativa del juez, quien posee amplias

facultades de arribar a esa decisión y en tal supuesto debe resolver el incidente sin más trámite (Cfr. Fassi, Santiago "Código Procesal Civil y Comercial", tomo I, pag. 320; Colombo, Carlos J., " Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y anotado", tomo II, pag. 380/382, 3a edición actualizada y ampliada).

De manera coincidente, basta jurisprudencia nacional y provincial han dicho también que la apertura a prueba de los incidentes es una facultad potestativa del juez, quien si considera que existen suficientes elementos de juicio puede resolver sin recibir el material probatorio que fuera ofrecido por las partes.

En el caso que ahora analizamos, el a quo ha estimado que la prueba ofrecida por las partes es innecesaria para dictar resolución, pues entendemos que con las constancias del principal es suficiente para dictar la sentencia de mérito. (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Loureiro, José M. v. Lubians Vierna, L. y/o demás ocupantes. s/ desalojo por vencimiento del plazo locativo. Recurso de queja", 08/06/2005; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, "G., J. M. y otra", 07/03/1983, "Edificadora Ayacucho 1358, S. R. L. c. Martínez, N.", 31/03/1980; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, "B. de T., E. L. c. T., N", 13/08/1981; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Tardito, Guido, suc", 25/06/1979; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, "A. de P., L. R. c. P., H. A", 09/03/1983; Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala II, "Boronat Laino, Cesar Luis c. Boronat Diana Graciela y otro", 24/02/2009 con los votos de los Dres. Medori y Videla Sánchez, entre muchos otros, todos pueden leerse en www.laleyonline.com.ar)

Siguiendo a la Corte Suprema de Justicia de la Nacion, entendemos que la declaración de puro derecho procede no sólo cuando no existen hechos controvertidos sino también cuando no se hubieren alegado hechos conducentes (artículo 360 Código Procesal) y el juez se encuentre en condiciones de resolver las cuestiones propuestas sin necesidad de recurrir a ese medio, puesto que no impide al sentenciante la dilucidación de los hechos controvertidos a partir de las constancias agregadas en los autos y la subsunción de tales hechos en el marco jurídico que el juzgador estime que corresponde al caso (Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nacion, "Tactician Int. Corp. y otros v. Dirección General de Fabricaciones Militares, cumplimiento de contrato", 15/03/1994 puede leerse en www.csjn.gov.ar).

Ahora bien, respecto al argumento esgrimido por el apelante sobre que ambas partes solicitaron la apertura de la causa a prueba, tal como lo advierte Palacio "...no importa que la petición de la parte sea vinculatoria para el juez, ya que éste puede rechazarla cuando cualquiera de las partes hubiese aportado elementos de juicio suficientes para generar su convicción..." (Palacio, Lino E., "Estudio de la reforma procesal civil y comercial. Ley 22.434" pag. 124/125, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981) O sea que, si como en el caso de autos, el juez no lo cree necesario podrá omitir la instancia probatoria y declarar la cuestión "como" de puro derecho, independientemente de que ambos litigantes lo hubieren requerido.

El citado artículo 360 del Código Procesal ordena que "siempre que se hayan alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes, aunque éstas no lo pidan, el juez recibirá la causa a prueba".

De aquí se deduce razonablemente que si el juez "debe" abrir a prueba la causa, aunque no lo pidan las partes -impulso procesal de oficio, art. 36, inc. 1° del Cód. Procesal- a contrario sensu, aunque éstas pidan la apertura del proceso a prueba, el juez podrá no acceder a ello si estimare que los hechos relevantes están debidamente "fijados" para su futuro fallo (cfr. Eisner, Isidoro, "Acuerdo de partes sobre los "hechos conducentes" y declaración de la causa "como de puro derecho", Cita Online: AR/DOC/13152/2001 puede leerse en www.laleyonline.com.ar).

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirmar la providencia de grado en todo lo que ha sido materia de recurso y agravio para el recurrente; con costas a su cargo.

II.- Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y vuelvan oportunamente, los autos al juzgado de origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Interlocutorias N°: 115/2015
Dr. Alexis F. Muñoz Medina - Secretario Subrogante

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"ANDINA INTERNACIONAL CAMBIO Y TURISMO S.A C/ BANCO PATAGONIA S.A SUCURSAL SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO" - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 43941/2015) – Interlocutoria: 108/15 – Fecha: 04/11/2015

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

ACTO U OMISION DE UN PARTICULAR. AMPARO. IMPROCEDENCIA. TRAMITE. PROCESO SUMARISIMO.

Resulta un dato indiscutido el hecho de que la Agencia de cambios ha promovido "recurso de amparo" contra actos provenientes de una persona jurídica privada (el BANCO PATAGONIA S.A.), y no de una autoridad pública. Luego, no es la ley provincial 1981 la que otorgará el marco procedimental sobre el que debe desenvolverse la litis, sino el artículo 321 del Código Procesal. En efecto, mientras que la ley provincial 1981 regula el remedio constitucional para "actos, decisiones u omisiones" provenientes de la autoridad pública, el Código de forma hace lo suyo para la misma gama de comportamientos, pero que emanen de particulares.

Texto completo:

San Martín de los Andes, 4 de Noviembre del año 2015.
VISTAS:
Las presentes actuaciones caratuladas: "ANDINA INTERNACIONAL CAMBIO Y TURISMO S.A C/ BANCO PATAGONIA S.A SUCURSAL SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO" (Expte. Nro. 43941, Año 2015), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;
CONSIDERANDO:
I.- Llegan los autos del epígrafe a estudio de este tribunal de alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el interlocutorio obrante a fs. 78/83.
Mediante la resolución en crisis, el magistrado de primera instancia declaró la inadmisibilidad de la acción de amparo promovida por la accionante (ANDINA INTERNACIONAL CAMBIO Y TURISMO S.A.) contra el BANCO PATAGONIA S.A. – SUCURSAL SAN MARTIN DE LOS ANDES (en adelante, "el Banco") cuyo objetivo era evitar que este último cierre la cuenta corriente de titularidad de aquélla y que le permite operar en el mercado de divisas como agencia de cambios.

Para así decidir, el a-quo argumentó que de la lectura de la documental y del escrito inicial no se advierte la ilegitimidad, arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el accionar del banco.

También consideró que la acción era inadmisible puesto que para dilucidar la eventual invalidez del acto se requiere de un debate más amplio (art. 3, punto 4, de la Ley 1981) y porque no se advertía la manifiesta arbitrariedad o ilegitimidad en la decisión de la entidad bancaria de cerrar la cuenta corriente.

Invocando doctrina, redundó en la legalidad del temperamento de la accionada a la luz de lo prescripto en el artículo 1404 del Código Civil y Comercial de la Nación y, enlazando jurisprudencia, remarcó el carácter excepcional del remedio incoado por la Agencia.

Con nuevas citas de precedentes y de la opinión de destacados juristas el a-quo insistió en que se requería de un mayor debate y de un amplio margen de prueba, haciendo alusión a la "notoria discriminación" que la empresa le atribuye al Banco.

El magistrado señaló, además, que a partir de los elementos incorporados a la causa, es evidente que no resulta palmaria la existencia de un perjuicio grave e irreparable derivado del supuesto accionar de la demandada que amerite otorgar tutela jurisdiccional por esta vía, porque no se comprende cabalmente cuales son los motivos concretos y reales que le impiden a la Empresa solicitar la apertura de una cuenta corriente en otra entidad bancaria de San Martín de los Andes, o requerir la apertura en el BCRA, tal como lo dispone en su punto primero la Comunicación "A" 4176 del 26/07/2004 y como lo hace notar la propia actora en su libelo inicial.

También descartó la aplicabilidad de la Comunicación "A" 5388 del BCRA sobre "Protección de los Usuarios de Servicios Financieros", en la cual la accionante busca resguardo como "consumidor", por entender que no mediaba entre la Empresa y el Banco una relación de consumo.

Por último, indicó que si bien la improponibilidad objetiva de la demanda debe resolverse con extrema prudencia, tratándose de una acción de amparo, el análisis debe realizarse de oficio en este estadio (art. 11 de la Ley 1981).

Citó jurisprudencia que considera aplicable al sub-lite.

II.- Contra la resolución cuyos argumentos fueron brevemente sintetizados en el apartado anterior alza su queja la parte actora, a través del memorial obrante a fs. 84/88.

Luego de explicar los motivos por los cuales inició el "recurso de amparo", la apelante hace hincapié en que su empresa es la única autorizada a operar como agencia de cambio en las localidades de Villa La Angostura, San Carlos de Bariloche y San Martín de los Andes, por lo que la decisión del a-quo genera un "daño social" que no hace más que sostener la arbitrariedad del Banco.

Amén de ello –continúa-, se le provoca daño a la planta de empleados de la firma, que deberán ser suspendidos por falta de trabajo "hasta tanto la burocracia bancaria permita y termine la apertura de una nueva cuenta corriente en otro banco de una de las plazas antes señaladas", puesto que si el a-quo "se hubiera interiorizado", habría advertido que no se trata de una cuenta corriente común como a la que puede acceder cualquier persona, sino una "especial", sujeta a otro tipo de controles y que requiere de una operatoria bancaria determinada.

Dice que el magistrado cree equivocadamente que se puede abrir una cuenta corriente en el BCRA cuando en realidad no se puede, pese a lo establecido en la Comunicación "A" 4176.

Manifiesta que el primer agravio lo lleva a dos aspectos destacables: a) el uso abusivo de las facultades contractuales, sean las concedidas por el Código Civil y Comercial o por la legislación específica del BCRA y; b) el daño que causará el cierre de la cuenta corriente y "la actitud que deben tomar el Banco y el propio V.S., ante ello, porque aunque parezca mentira, la actitud del juez, en la perspectiva del nuevo Código, debe ser proactiva y no meramente de apego a la norma estricta" (sic).

Insiste en que entre su parte y la accionada existe una relación de consumo, en los términos del artículo 1092 del C.C. y C. por lo que le resultan aplicables el artículo 1094 (protección del consumidor), y 1096 a 1099 (prácticas abusivas).

Discurre sobre el aspecto, cita la definición que el flamante código civil y comercial otorga en el artículo 1119 sobre las cláusulas abusivas y afirma que es encuadrable en su situación, porque la entidad bancaria demandada no puede

ignorar que la cuenta corriente cuyo cierre dispone de manera intempestiva y sorpresiva, conlleva necesariamente el cese de la actividad de ANDINA, dado que como dijo, sólo puede operar a través de esta cuenta corriente especial.
Enfatiza en que el Banco, que no desconoce la normativa a la que están sujetas las entidades habilitadas para operar en cambios –porque él también opera en el cambio de moneda extranjera-, actúa abusivamente al proceder arbitrariamente y sin razón alguna al cierre de la cuenta corriente de Andina.
Concluye que la presente causa es meritoria del "amparo" de la Justicia y que lo diferencia de toda persona física o jurídica con relación al cierre de la cuenta corriente porque: 1.- Para su parte es obligatorio contar con la cuenta para operar por disposición del BCRA; 2.- La cuenta es indispensable para operar (cuestión que, en realidad, es subsumible en el primer punto); 3.- el Banco no desconoce esta situación, porque el BCRA es su organismo de control; 4.- El Banco también ofrece el servicio de cambio de divisas; 5.- Andina es la única agencia de cambio habilitada por el BCRA para operar en la zona.
Dice que esos puntos sólo alcanzan a su parte, no así a un particular, y a tal efecto, agrega el listado de la página del BCRA que demuestra que es la agencia habilitada en la localidad.
El segundo punto que según su parecer el magistrado pareciera no haber tenido en cuenta es el referido al daño y a la teleología del nuevo C.C. y C. sobre el "deber de prevención del daño", previsto en el artículo 1710, que transcribe.
Indica que, "por si alguna duda queda, ella queda despejada por el artículo 1711…" que regula la acción preventiva, y porque ya no es facultativo del Juez sino una imposición de la ley el adoptar una actitud proactiva en materia de prevención del daño, el que, en su caso y según su entender, aparece palmario.
Dice que no se trata de si el Banco puede o no cerrar una cuenta corriente, sino de si puede llevarlo a cabo de manera intempestiva e irrazonable causando los daños descriptos.
Que distinta habría sido la situación si el Banco hubiese comunicado la intención de cierre con suficiente antelación que le permitiera a su parte gestionar la apertura de otra cuenta corriente en otra entidad de San Martín de los Andes.
Señala que no se requiere ningún "amplio debate" porque su parte acreditó no sólo la comunicación de cierre sino la necesidad de contar con la cuenta corriente para operar.
Dice que el artículo 1404 inciso a) del C.C. y C. es prácticamente idéntico al viejo 792 del Código de Comercio, por lo que no es ninguna novedad que cualquiera de las partes puede disponer el cierre de la cuenta. Que lo novedoso está en que la clausura causa perjuicios irreparables para su parte, que están más allá de la actividad comercial normal y habitual, y en que el Juez no entienda ni quiera evitar ese daño, como manda la novísima legislación de fondo.
Que la premura que impone el término con que ha sido conminada al cierre, y la lentitud de los procedimientos judiciales, implican que sólo el amparo sea apto para evitar el daño a Andina.
Se agravia también porque el a-quo consideró que no existía discriminación del Banco para con la agencia de cambio.
Reitera, en este aspecto, que la cuenta corriente de su titularidad es especial, no equiparable a la de un cuentacorrentista común, porque la suya determina la posibilidad de operar en el mercado de divisas.
Que por ello, como su parte está forzada a utilizar esta modalidad y que es la única agencia en la zona, la discriminación consiste en no darle un trato especial, "porque lo igualitario que prescribe la Constitución nacional es que tengan trato igual aquellos que se encuentran en iguales condiciones".
Se agravia además porque el magistrado ignoró la prescripción contenida en el punto 2.1 de la Comunicación "A" 5388, t.o. 2014, sobre protección de los usuarios de servicios financieros, que considera aplicable a su parte. Dice que en virtud de la misma, tiene derecho, en la relación de consumo, a la protección de su seguridad e intereses económicos; y que el Banco deberá adoptar las acciones necesarias para garantizar esos derechos a los usuarios actuales y potenciales del servicio que ofrecen y prestan, de manera de asegurarles condiciones igualitarias de acceso a tales servicios.
Que la notificación de cierre de la cuenta corriente es un claro incumplimiento de la normativa transcripta y que la arbitrariedad es palmaria si se considera que ningún comercio está obligado a cerrar sus puertas por un cierre de cuenta, pero Andina sí.

Por último, le achaca al magistrado una interpretación contra legem del artículo 1384 del Código de fondo, porque a su entender resulta claro que el vínculo jurídico que la une con el banco constituye una relación de consumo.
Considera inaplicable la cita de doctrina realizada por el a-quo en este aspecto y que, de todas formas, es la propia normativa del BCRA la que trata este tipo de relaciones como de consumo, por lo que el criterio del sentenciante también sería arbitrario.
III.- A) Esta Sala, en innumerables precedentes, siguiendo el inveterado criterio de la Corte Suprema de nuestro país, ha señalado que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), en mérito a lo cual no es obligatorio seguir a la recurrente en todos y cada una de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio [Cfr., en este sentido, autos "CONTRERAS MONICA ADRIANA C/ LILLO OSCAR ISAAC S/ DESPIDO", (Expte. Nro.: 2367, Año: 2010), en Acuerdo N° 60/2015, del Registro de la Oficina de trámite, entre muchos otros].
En este sentido, adelantamos que no seguiremos en un todo la línea argumentativa del apelante, porque la cuestión se resolverá transitando por otro carril.
Realizada la aclaración previa, hemos de principiar el análisis marcando nuestro disenso en el enfoque procesal con el que el magistrado de primera instancia juzgó la admisibilidad ab initio de la demanda.
Resulta un dato indiscutido el hecho de que la Agencia de cambios ha promovido "recurso de amparo" contra actos provenientes de una persona jurídica privada (el BANCO PATAGONIA S.A.), y no de una autoridad pública. Luego, no es la ley provincial 1.981 la que otorgará el marco procedimental sobre el que debe desenvolverse la litis, sino el artículo 321 del Código Procesal.
En efecto, mientras que la ley provincial 1981 regula el remedio constitucional para "actos, decisiones u omisiones" provenientes de la autoridad pública, el Código de forma hace lo suyo para la misma gama de comportamientos, pero que emanen de particulares.
Para una exposición más clara de la diferencia, vale transcribir los artículos pertinentes.
Así, mientras el artículo 1° de la ley 1981 establece que: "La acción de amparo, en sus aspectos de mandamiento de ejecución y prohibición, procederá contra todo acto, decisión u omisión de autoridad pública que en forma actual e inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución de la Provincia, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus" el artículo 321 del C.P.C. y C., dice: "Proceso sumarísimo. Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498: 1° Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocida por la Constitución Provincial, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes…".
En pocas palabras, ha errado el magistrado de grado al encaminarse en el examen de admisibilidad previsto en el artículo 3° de la ley 1981, por no ser el que correspondía al trámite procesal de la acción promovida.
B) Sobre la última aseveración realizada, las enseñanzas del maestro Adolfo Rivas resultan muy ilustrativas, por su claridad expositiva, y concluyentes, por la exhaustividad del estudio.
Dice el especialista en derecho procesal constitucional, analizando las normas del ordenamiento nacional: 'El amparo, como consecuencia de su excepcionalidad, impone al juez la realización de una actividad liminar destinada a desestimar la respectiva pretensión, sin darle curso. Así lo establece la ley 16.986, en su art. 3° al decir que "Si la acción fuese manifiestamente inadmisible, el juez la rechazará sin sustanciación, ordenando el archivo de las actuaciones".
Por su parte, el art. 321 parte final, del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, dice que "Si de conformidad con las pretensiones deducidas por el actor, no procediese el trámite del juicio sumarísimo, el juez resolverá cuál es la clase de proceso que corresponde".

En uno y otro caso, el magistrado debe realizar un juicio de admisibilidad, que no se exteriorizará, salvo que tenga sentido negativo, es decir que se incline por desestimar la demanda sin sustanciarla, o sostenga -en el amparo contra actos de particulares- que no corresponde la vía elegida. Esta actividad inicial, está sujeta al requisito de que la inadmisibilidad, sea palmaria, visible, manifiesta; en la duda, corresponderá dar curso a la demanda y sustanciarla.

En el proceso de amparo de la ley 16.986, la decisión de inadmisibilidad podrá obedecer a las siguientes causas […]

En el amparo del art. 321 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, resultan aplicables en líneas generales los mismos supuestos de declaración de inadmisibilidad (Palacio, Lino Enrique, obra y lugar citado en el punto 4), sin embargo, es menester formular diversas consideraciones al respecto.

La ley no sujeta al amparo contra actos de particulares, a ningún juicio de admisibilidad, salvo el correspondiente a la improcedencia del trámite del juicio sumarísimo.

En realidad, la parte final del artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación está redactada teniendo en mira, no tanto la presencia del inciso 2, sino la posibilidad de que se pretenda desarrollar por vía de plenario excepcionalmente abreviado, litigio al que específicamente la ley le haya establecido un trámite propio (por ejemplo, un especial o un voluntario de los previstos en los libros IV y VII del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o cuando se intente un sumarísimo, cuando en realidad, y de conformidad con la norma básica del art. 319 de dicho Código, corresponda el juicio ordinario).

De todas formas, es claro que el inc. 2 del art. 321, está sujeto a la disposición de la parte final de tal dispositivo, de manera que, malgrado las posibles deficiencias de redacción señaladas, es claro que habrá que practicar la pertinente tarea de adecuación.

Entonces, y siendo el amparo una respuesta jurisdiccional especialísima, con presupuestos propios y exclusivos algunos de ellos, no puede concebirse que el juez, pueda remitir a otras vías procesales que por sus características, no son amparo. De ahí, que el art. 321 parte final, tiene el alcance de permitirle descartar la vía sumarísima por no haber amparo, tornando así inadmisible la pretensión destinada a obtenerlo, sin perjuicio de señalar, si ello es posible conforme el contenido y sentido de la demanda, el tipo de proceso -no ya de amparo- al que se debe recurrir' [Título: "Contribución al estudio del amparo en el derecho nacional"; Autor: Rivas, Adolfo A.; Publicado en: LA LEY1984-B, 931 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2008, 301; Cita Online: AR/DOC/11644/2001. La negrita nos pertenece].

En la misma línea de interpretación, y con cita de jurisprudencia del foro nacional, Morello y Vallefin dicen que: 'Esta misma filosofía impone que, habiéndose deducido una acción de amparo, genéricamente contra una empresa telefónica privada, corresponde encuadrar la pretensión en los términos del art. 321 inc. 2° del CPC y aplicar el procedimiento previsto para los juicios sumarísimos. Véase Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, sala I, in re "Cascallar Carrasco, Saúl F. c Telefónica de Argentina S.A.", sent. Del 27-8-1991, en JA, del 13-11-1991. La conclusión no varía porque se invoquen expresamente las normas de la ley 16.986 o de su análoga bonaerense, en tanto por aplicación del principio iura curia novit, es deber de los jueces efectuar la correcta calificación jurídica de las pretensiones deducidas por las partes.

En otros términos, si se ha promovido acción de amparo contra Telefónica de Argentina con fundamento en las disposiciones de la ley 16.986, no corresponde rechazar in limine la demanda por no ser aplicable dicha normativa a los actos y omisiones de entidades privadas, sino encauzar el litigio de acuerdo a las prescripciones del art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación' [Augusto M. Morello, Carlos A. Vallefín, "El Amparo. Régimen Procesal", pág. 76. Tercera edición. Librería Editora Platense S.R.L., 2008].

Nuestro máximo tribunal local también ha tenido oportunidad de aclarar la diferencia de la legislación procesal aplicable según el carácter público o privado de quien realiza el acto, emite la decisión u omite la conducta lesiva.

En este sentido, ha señalado que: "…más allá de que en autos se ha promovido una acción de amparo y que una de las partes es la Provincia de Neuquén, es decir, una autoridad pública en los términos del Art. 2° de la Ley 1.981, resulta ajustado indicar que dicha parte resulta ser actora –no demandada-.

Ergo, la normativa procesal aplicable al caso no es la Ley 1.981, en tanto no se persigue la tutela judicial contra actos de autoridad pública, sino, a la inversa. Por ende, es el Código Procesal Civil y Comercial y consecuentemente, la Ley 1.406, los que han de aplicarse, sin las modificaciones introducidas por la Ley de Amparo. Tal ha sido el criterio adoptado por este Tribunal en casos similares (vide R.I. N°66/03). El elemento que determina el procedimiento aplicable viene dado por el acto, decisión u omisión que se intenta atacar. El Art. 1 de la Ley 1.981 dispone [...] A su vez, el Art. 321 del C.P.C. y C. establece [...]. En conclusión, la Provincia de Neuquén ha promovido acción de amparo contra tres particulares... De ello se infiere que el acto, decisión u omisión atacado no ha sido realizado por una autoridad pública, sino por particulares. Por consiguiente, las normas adjetivas por las que debe sustanciarse el procedimiento son, por un lado, los Arts. 321 y 498 del C.P.C. y C..." [Tribunal Superior de Justicia, autos "PETROLERA ENTRE LOMAS S.A. Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A PROVINCIA DE NEUQUEN C/ PETROBRAS ENERGÍA S.A. Y OTROS S/ ACCIÓN DE AMPARO", R.I. N° 61, año 2009, del 12/06/2009, publicada en la base de jurisprudencia del sitio oficial: www.jusneuquen.gov.ar].

IV.- Sin más en qué ahondar, ante la clara diferencia existente en el trámite inicial según se trate de uno u otro supuesto, corresponde decretar la nulidad de la resolución de fs. 78/83, y remitir los autos a origen a fin de que se siga el procedimiento pautado en el artículo 321 del Código Procesal.

A tal fin, toda vez que el titular del Juzgado de grado ya adelantó opinión sobre la suerte que a su entender correrá la pretensión de fondo de la accionante, habrá de apartarse del conocimiento de la causa al titular del Juzgado Civil N° 1 de Junín de los Andes, Dr. Joaquín Cosentino y, oportunamente, deberá remitirse el expediente al magistrado que sigue en orden de subrogancias (Cfr. artículo 17, inciso 7° del C.P.C. y C.).

V.- Finalmente, en relación a la solicitud de la parte apelante de que se decrete la medida cautelar peticionada en el escrito de inicio, a estar a las constancias de autos, aquélla deberá incorporar material probatorio en la instancia de origen y reeditar el planteo, de conformidad a las circunstancias fácticas vigentes a la fecha.

VI.- Sin costas de Alzada, en virtud del estado de las actuaciones (sin traba de la litis).

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Decretar la nulidad de la resolución de fs. 78/83 y, en consecuencia, ordenar que en la instancia de origen se siga el trámite previsto en el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial.

II.- Apartar al titular del Juzgado Civil N° 1 de Junín de los Andes, Dr. Joaquín Cosentino, del conocimiento de la causa, la que deberá radicarse ante el magistrado que siga en el orden de subrogancia legal.

III.- Sin costas de Alzada, en virtud del estado procesal de autos.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Resoluciones Interlocutorias N°: 108/2015

Dr. Alexis F. Muñoz Medina - Secretario Subrogante

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"A. C. P. S/ INCIDENTE DE AUTORIZACION PARA VENDER" - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 516/2015) – Interlocutoria: 109/15 – Fecha: 12/11/2015

DERECHO CIVIL: Cesión de derechos.

SUCESIONES. CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS. EFECTOS ENTRE PARTES. CARACTER DUDOSO. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

Cabe confirmar la denegación de la autorización para vender los derechos y acciones posesorios de los que resultaría titular su hija menor de edad, como sucesora de su difunto abuelo paterno, en tanto de las manifestaciones del apelante y de la documental incorporada por ella al expediente, podemos inferir que los derechos que pretende ceder serían de carácter "dudoso" o "incierto". Así, de la compulsa de la documental incorporada a las actuaciones, así como de la lectura de los dichos de la propia apelante en su presentación inicial, no se discierne suficientemente la posesión que el primigenio causante habría tenido sobre el inmueble en cuestión y que la madre peticionante invoca como objeto del contrato que aspira a concertar.

No hay ninguna prueba que tienda a acreditarla (vgr. declaraciones testimoniales, boletas por el pago de impuestos o tasas, informes del R.P.I., entre otras posibles). Tampoco se extrae información favorable de la lectura del acta de la constatación realizada en el marco de la diligencia preliminar practicada. A similar puerto se arriba al analizar las constancias del sucesorio del abuelo de la menor, en el que la única actuación procesal realizada fue la denuncia de los mencionados "derechos y acciones", pero ningún otro acto tendiente a su efectivo ingreso en el acervo fue promovido por los co-herederos. A mayor dificultad para identificar el vínculo entre el causante y los presuntos derechos y acciones posesorias de los que -se dice- fue titular, mayor es la posibilidad de la inexistencia del derecho cedido. Y si bien ya señalamos que la garantía de evicción no juega en el supuesto de derechos dudosos, ello no es óbice a que la cedente, eventualmente, pueda estar expuesta a restituir el precio y sus intereses, por aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa (art. 1629 del C.C.C., al que remite el 2309). La peticionante tampoco ha acompañado tasaciones varias y exhaustivas (sólo obran dos y bastante escuetas), o el proyecto del contrato, sus posibles cláusulas, la información del comprador, entre otros posibles datos que permitan a este tribunal analizar si el negocio es seguro y provechoso para los intereses de la joven puesto que, como la misma parte reconoce, por un lado, el inmueble no es parte del acervo y, por otro, es uno de los herederos (C. R.) quien ocupa el mismo. La conclusión se refuerza al cotejar los expedientes requeridos por este tribunal, en las cuales tampoco se ha acompañado documentación alguna que permita dilucidar con certeza la relación jurídica que el causante habría tenido con el inmueble objeto de autos.

En definitiva, podemos caracterizar al contrato como uno de tipo aleatorio y, con mayor precisión, como una cesión de derechos dudosos (no litigiosos).

Texto completo:

Zapala, 12 de Noviembre del año 2015.
VISTAS:
Las presentes actuaciones caratuladas: "A. C. P. S/ INCIDENTE DE AUTORIZACION PARA VENDER" (Expte. Nro. 516, Año 2015), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;
CONSIDERANDO:
I.- Que cumplida la medida requerida por este tribunal a fs. 68, y realizada la audiencia con la joven en términos del artículo 26, párrafo 3° del Código Civil y Comercial de la Nación, ingresan los autos del epígrafe a conocimiento de este tribunal de Alzada a raíz del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Sra. P. d. C. A. C. contra el interlocutorio de fs. 50/52.
Mediante la resolución en crisis, el a-quo rechazó la petición de la aquí recurrente de que se la autorice a vender los derechos y acciones posesorios de los que resultaría titular su hija menor de edad, E. R., como sucesora de su difunto abuelo paterno, A. R..
Para así decidir, el magistrado argumentó que no podía autorizar la venta de derechos inciertos ni mucho menos del dominio que no le corresponde al causante.
Que, en todo caso, si el causante primigenio tenía algún derecho y acción sobre el inmueble, sus herederos deben instar la acción que corresponda para hacerse del dominio, de forma imperativa, siendo improcedente intentar transmitir en el juicio sucesorio los derechos y acciones que pudo haber tenido sobre el lote, pues aun no hay inscripción registral alguna que deba autorizar.
Por ello, afirmó que los sucesores debían promover el juicio que estimen pertinente para hacerse del dominio sobre el lote (para sí o para la sucesión), pero no pueden solicitar autorización judicial para transmitir el inmueble a terceros, por cuanto no hay modificación en el Registro.
Concluyó el a-quo que no podía autorizar la operación, primero porque no es un bien perteneciente al acervo sucesorio (de ninguna de las dos sucesiones) y segundo porque tampoco estamos ante el proceso en el cual "podrían eventualmente solicitar su parte en tal venta".
II.- El apelante, a su turno, luego de transcribir apartados del resolutorio impugnado, señala que el fundamento es muy confuso, porque se habla de derechos y acciones posesorios y del dominio o la propiedad, como si fueran las mismas cosas, cuando no es así. Dice que de la lectura de la resolución se concluye que ni siquiera los restantes herederos podrían vender, no obstante ser plenamente capaces.
Dice que el a-quo todo el tiempo refiere a dominio, propiedad e inscripción registral para fundar el rechazo, como si lo que se hubiera solicitado hubiese sido la venta de un inmueble o la transferencia del dominio, cuando se han pretendido enajenar derechos y acciones posesorios.
Enfáticamente reconoce que el inmueble no pertenece al acervo de ninguna de las sucesiones, porque lo que se denunció fueron los derechos y acciones posesorios que con relación a dicho bien titularizaba el causante.
Dice que el acervo se compone de bienes, entre los cuales se encuentran los objetos inmateriales susceptibles de valor y las cosas.
También considera que los artículos en los que funda el rechazo el a-quo (3410 y 3418 del anterior Código Civil), a contrario sensu, son las que justamente determinan la procedencia de la petición.
Afirma que si la cesión onerosa de derechos y acciones, sean posesorios, litigiosos o de cualquier otra índole es un contrato habitual al que podría haber acudido el de cujus, no se advierte entonces por qué a la luz de los artículos 3279, 3410 y 3418 del anterior Código Civil sus herederos universales no pueden hacerlo.

Discurre sobre los efectos de la cesión de derechos posesorios y cómo ésta oficia de causa jurídica para que el cesionario adquiera de manera derivada la posesión que luego le permita usucapir.

Concluye que no existe argumento jurídico alguno que impida otorgar la autorización por lo que, contando con la aprobación del Ministerio Público Pupilar y resguardado el patrimonio de la heredera menor de edad, así debe suceder.

III.- A fs. 67 obra el acta de la audiencia celebrada con la Srta. E. S. R. en los términos del artículo 26, tercer párrafo, del Código Civil y Comercial, concordante con los lineamientos de la legislación especial (artículos 15 de la ley 2302, 24 de la ley nacional 26.061 y 12, apartado 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño).

A fs. 70 luce dictamen del Defensor de los Derechos del Niño y a fs. 71 se tuvieron por recibidos los expedientes requeridos ad effectum videndi et probandi.

IV.- A) Luego del sintético resumen realizado en párrafos precedentes, para dirimir la cuestión objeto de recurso resulta conveniente precisar qué negocio jurídico pretende celebrar la recurrente y, en base a ello, dilucidar si fue correctamente denegada la autorización por el a-quo.

El flamante Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 1614, indica que "hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho". Asimismo, el artículo 1616 establece, como principio general, que todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo origina, o de la naturaleza del derecho. Las soluciones no difieren sustancialmente del régimen anterior (artículos 1434 y 1444 del Código Civil derogado por el artículo 4° de la ley 26.994). Aunque, destaca su practicidad y simpleza, al otorgar un concepto general y luego las excepciones al principio, contrastando su metodología accesible y "amistosa" por sobre la abundante casuística desparramada en el articulado del Código de Vélez.

Se elimina la referencia que acotaba el contrato únicamente a los derechos creditorios pues, en la práctica, "a pesar de la problemática metodológica, la doctrina no encontraba mayores dificultades para admitir la cesión de derechos en general, aplicando las normas de la cesión de créditos y en base al principio de autonomía de la voluntad ya se reconocía posibilidad de que se realizaran cesiones de contratos y cesiones de derechos hereditarios, aplicando aquellas normas en cuanto fueren compatibles con las características de estos negocios" ["Código Civil y Comercial de la Nación Comentado"; Ricardo Luis LORENZETTI; Tomo VIII, pag. 14; Rubinzal-Culzoni Editores 2015].

Además, "el Código recoge la visión de los anteriores proyectos de reforma de la legislación civil y comercial, que en su mayoría tipificaban la cesión de derechos en general como figura autónoma e independiente (Anteproyecto de Llambías, Anteproyecto de 1987, Proyecto de 1998)" [op. cit. págs. 17/18].

Finalmente, de las manifestaciones del apelante y de la documental incorporada por ella al expediente, podemos inferir que los derechos que pretende ceder serían de carácter "dudoso" o "incierto" puesto que, como la misma parte reconoce, por un lado, el inmueble no es parte del acervo y, por otro, es uno de los herederos (C. R.) quien ocupa el mismo.

La conclusión se refuerza al cotejar los expedientes requeridos por este tribunal, en las cuales tampoco se ha acompañado documentación alguna que permita dilucidar con certeza la relación jurídica que el causante habría tenido con el inmueble objeto de autos.

En definitiva, podemos caracterizar al contrato como uno de tipo aleatorio y, con mayor precisión, como una cesión de derechos dudosos (no litigiosos).

B) Determinado el negocio jurídico que se pretende celebrar, consideramos que el magistrado ha errado en el fundamento otorgado para denegar la autorización peticionada.

El artículo 1003 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone, como principio general, que el objeto del contrato debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial.

El artículo 2280 mantiene la regla de la continuación de la personalidad del causante. Esto es, que desde su muerte, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor.

Como dijimos, ya dentro de las normas específicas, el artículo 1614 prescribe que hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho.

Los artículos 1017, inciso b) y 1618 determinan la escritura pública como formalidad solemne para la cesión de derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles.

El 2309, al regular sobre la cesión de bienes que componen un acervo sucesorio, remite a las normas transcriptas y agrega que la eficacia está sujeta a que en la partición el bien sea otorgado al cedente.

Finalmente, en lo que aquí interesa destacar, el artículo 1616 determina también un principio general sobre el objeto del contrato: Todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo origina, o de la naturaleza del derecho.

Del juego armónico de los artículos citados se concluye que aun cuando el inmueble no se encuentre en el acervo sucesorio, ello no limita la posibilidad de celebrar negocios jurídicos sobre él.

Máxime si se tiene presente que, siempre y cuando se deje expresa constancia de dicha circunstancia en el contrato, la garantía por evicción no opera en las cesiones de este tipo (Cfr. art. 1628 del C.C.C.), por lo que el cedente quedaría cubierto en este aspecto.

Ha de tenerse en cuenta que la solución era la misma durante el régimen vigente a la fecha en que el a-quo dictó la resolución (Cfr. artículo 1476 del derogado Código Civil).

En definitiva, asiste razón al apelante en que la ambigüedad con la que el magistrado discurre indistintamente entre propiedad y derechos posesorios no es feliz, pues lleva a negar la posibilidad de celebrar un contrato que resulta lícito, no sólo para la joven menor de edad, sino para cualquier co-heredero mayor.

V.- Pero si bien el recurrente acierta en el encuadramiento jurídico del negocio, es desde otro vértice que debe observarse la conveniencia de otorgar, en este momento, la autorización peticionada. Y nos referimos, en este sentido, a la idea directriz del Interés Superior del Niño.

El artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño prescribe que: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Similar redacción tiene el artículo 3 de nuestra norma provincial (2.302), aunque amplía la directriz a la aplicación e interpretación de las leyes.

A su turno, la ley nacional (26.061) se enrola en la misma línea e idea directriz, reiterando la aplicación obligatoria de la Convención en las decisiones o medidas que se tomen y caracterizando a los derechos de los niños como de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

También viene al caso recordar la conceptualización que hace la norma federal del principio: "se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley".

Pero no basta con mencionarlo o simplemente evocarlo en las consideraciones del fallo. Su aplicación efectiva requiere que la decisión sea el resultado de la ponderación de circunstancias concretas que reflejen las constancias de la causa.

Como doctrinariamente se ha señalado "A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, se exige que cualquier decisión debe estar motivada, justificada y explicada.

En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado.

No basta con afirmar, en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular" [El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos: ¿cómo deben ser oídos?; Pagés Ll., Roberto M.; Publicado en: Sup. Doctrina Judicial Procesal 2015 (septiembre), 61; Cita Online: AR/DOC/2189/2015].

También debe recordarse lo apuntado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, esto es que "cuando hay un menor de edad cuyos derechos pueden verse afectados, el Juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito" [CSJN, 13/03/2007; Fallos: 330:642; pub. en: www.csjn.gov.ar/data/intsupn.pdf].

VI.- Determinado el prisma desde el cual cabe analizar la cuestión, corresponde examinar si el rechazo de la autorización es la mejor decisión para los intereses de la joven.

En el caso, el negocio jurídico que pretende celebrar su madre, en su representación, tiene por finalidad ceder los derechos posesorios que habría adquirido por sucesión mortis causa de su fallecido progenitor (A. R.) y que este, a su vez, habría adquirido por la misma causa, de su difunto padre homónimo (Don A. R., abuelo de la menor) los que recaerían sobre el inmueble identificado como Lote 6, Manzana L, Quinta Contigua 1, N.C. 15-20-063-6789-0000, cuya superficie es de 503,41795 m2 y que se ubica en calle ... de la ciudad de San Martín de los Andes.

Ahora bien, de la compulsa de la documental incorporada a las actuaciones, así como de la lectura de los dichos de la propia apelante en su presentación inicial (fs. 42/44), no se discierne suficientemente la posesión que el primigenio causante habría tenido sobre el inmueble en cuestión y que la madre peticionante invoca como objeto del contrato que aspira a concertar.

No hay ninguna prueba que tienda a acreditarla (vgr. declaraciones testimoniales, boletas por el pago de impuestos o tasas, informes del R.P.I., entre otras posibles).

Tampoco se extrae información favorable de la lectura del acta de la constatación realizada en el marco de la diligencia preliminar practicada en el Expte. N° 38.728/2014.

A similar puerto se arriba al analizar las constancias del sucesorio del abuelo de la menor, en el que la única actuación procesal realizada fue la denuncia de los mencionados "derechos y acciones", pero ningún otro acto tendiente a su efectivo ingreso en el acervo fue promovido por los co-herederos. A mayor dificultad para identificar el vínculo entre el causante y los presuntos derechos y acciones posesorias de los que -se dice- fue titular, mayor es la posibilidad de la inexistencia del derecho cedido. Y si bien ya señalamos que la garantía de evicción no juega en el supuesto de derechos dudosos, ello no es óbice a que la cedente, eventualmente, pueda estar expuesta a restituir el precio y sus intereses, por aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa (art. 1629 del C.C.C., al que remite el 2309).

La peticionante tampoco ha acompañado tasaciones varias y exhaustivas (sólo obran dos y bastante escuetas), o el proyecto del contrato, sus posibles cláusulas, la información del comprador, entre otros posibles datos que permitan a este tribunal analizar si el negocio es seguro y provechoso para los intereses de la joven.

Si bien la adolescente, en la audiencia realizada en la sede de esta Cámara, manifestó que era su intención destinar el dinero que obtendría a sus estudios universitarios, cierto es que todavía le resta cursar un año completo de la escuela secundaria, lo que excluye toda necesidad de apresurarse en este aspecto. En este vértice de índole temporal, y al analizar ventajas y desventajas de la operación, tampoco puede desconsiderarse que el paso del tiempo tiene un efecto inverso en ambos bienes: mientras el dinero sufre las consecuencias perniciosas de la inflación, un derecho inmobiliario tiende a mantener o elevar su valor.

Además, y no obstante lo apuntado, la opinión de la menor difiere del objetivo planteado en el escrito inicial por su progenitora, cuando esta discurrió sobre la necesidad de contar con recursos por la condición humilde en la que vive su familia, y por el estado de salud del hermano.

De igual manera, analizando esta última hipótesis, ha de señalarse que si efectivamente son aquéllas las situaciones apremiantes que se pretenden cubrir con la venta de los presuntos derechos que habría titularizado el abuelo de la

adolescente, tanto la madre como su hermano podrían ceder la porción que les correspondería a ellos (como co-herederos que son), y se llegaría a la misma finalidad, sin necesidad de transitar el estrado judicial.

Finalmente, no perdemos de vista que la menor alcanzará la mayoría de edad en escasos 5 meses, por lo que las suscriptas no advertimos la urgencia, necesidad ni la conveniencia para su Interés Superior, en realizar un negocio jurídico que, a estar a la escasa prueba incorporada en la causa (al menos hasta el momento de resolver), sería de celebración y cumplimiento complejos.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la peticionante contra el interlocutorio de fs. 50/52 y, en consecuencia, confirmar la denegación de la autorización para vender solicitada, por los fundamentos otorgados en los considerandos de la presente.

II.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso

Registro de Sentencias Interlocutorias N°: 109/2015

Dra. Norma Alicia Fuentes - Secretaria de Cámara

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"SUÁREZ JUAN CARLOS S/ HOMICIDIO CULPOSO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 19.374/14) – Sentencia: 1/16 - Fecha: 01/02/2016

DERECHO PENAL - HOMICIDIO CULPOSO – NEGLIGENCIA - APRECIACION DE LA PRUEBA - SOBRESEIMIENTO.

ACCION PENAL

1.- Corresponde confirmar el sobreseimiento (art. 160, inc. 3°, CPP) dictado respecto de quien fuera imputado del delito de homicidio culposo (art. 84, CP) toda vez que no fueron vislumbradas cuestiones que hagan presumir negligencia por parte del médico acusado, descartándose asimismo una presunta arbitraria valoración de la prueba.

2.- No existió negligencia médica (art. 84, CP) en tanto de las constancias del legajo pudo extraerse que desde un primer momento el galeno interviniente estableció varios puntos a estudiar y distintas medidas para poder establecer la causa del dolor, que era asintomática. Concretado el diagnóstico se practicaron lo estudios sugeridos por el imputado y así se pudo establecer la disección aórtica. Luego dicho proceder fue evaluado por los médicos forenses y descartaron que haya existido negligencia por parte de los médicos tratantes y en cuanto al cuestionamiento a una unidad de mayor complejidad, la misma tuvo lugar tan pronto como pudo establecerse el origen de la afección.

Ver texto completo:

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"HERNANDEZ CARLOS DANIEL Y OTROS S/ ROBO CON ARMAS" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 50309/2015) – Sentencia: S/N - Fecha: 12/01/2016

DERECHO PROCESAL - PRISION PREVENTIVA - DECLARACION DE REBELDIA.

1.- Es una contradicción hablar de "riesgos" (probabilidad) y de "certezas" (exactitud/precisión) a la hora de resolver cuestiones vinculadas con el dictado o prórroga de la prisión cautelar (art. 114) de una persona. En caso de fundarse la petición en el peligro de fuga es menester evaluar la conducta procesal o la actitud del imputado frente a la ley penal. En tal sentido, se reconoció que el imputado al obtener su libertad asistida (en un proceso anterior) cumplió con algunas reglas de conducta que le fueron impuestas, no obstante se valoró que no llegó al cumplimiento total de la pena. Antes de que ello ocurriera cometió otro delito.

2.- Se resolvió confirmar la decisión que prorrogó la prisión preventiva del justiciable por otros cuatro (4) meses por considerar razonable el pedido de la acusación, tras merituarse la comisión de otro delito durante la libertad asistida concedida en un proceso anterior, que -el investigado- constituye un delito grave, sumado a su reincidencia efectiva, a que el imputado poseería medios económicos (o al menos existiría la posibilidad de que los tenga, en tanto se afirmó en la audiencia el abultado monto dinerario sustraído en el atraco y no recuperado), a que años anteriores fue declarado en rebeldía y se ordenó su captura.

Ver texto completo:

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"S. W. D S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 15428/2014) – Sentencia: S/N - Fecha: 2/2/2016

DERECHO PROCESAL.

1.- Es inadmisible la impugnación deducida contra la decisión que dispuso la rebeldía y captura internacional (art. 52, CPP) del imputado toda vez que el "objeto" de

embate no es un auto procesal importante (art. 233 a contrario sensu, CPP); considerándose tal aquel que causa un gravamen actual e irreparable. En el caso el perjuicio no reúne tal cualidad y puede ser reparado con la sola presencia del justiciable a efectos de regularizar su situación procesal.

2.- En virtud del principio de simplicidad (art. 17, L.2891), obviado por la parte impugnante, correspondía a la defensa coadyuvar a que el imputado tome conocimiento y se presente en el debate; considerándosela casi responsable de la incomparecencia de su pupilo (del voto del Dr. Sommer).

Ver texto completo:

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"H. D. S/ ABUSO SEXUAL" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZap 15643/2015) – Sentencia: S/N - Fecha: 03/02/2016

DERECHO PROCESAL.

1.- Constituye auto procesal importante, en los términos del art. 233 del ritual, la decisión que impidió, de algún modo, a la fiscalía ejercer la acción penal (de la cual es titular), pues sujetó el pronunciamiento sobre el anticipo jurisdiccional de prueba requerido (art. 155, inc. 4, CPP) respecto de la presunta víctima, a la previa formulación de cargos (art. 133, CPP).

2.- La medida solicita como anticipo jurisdiccional de prueba (art. 155, inc. 4, CPP) es previa a la formulación de cargos (art. 133, CPP), pues es asimilable a la denuncia en tanto puede entregar información determinante a los efectos del ejercicio o no de la acción penal respecto del sospechado.

Ver texto completo:

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula

"D. L. H. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 12413/2014) – Sentencia: S/N - Fecha: 04/02/2016

DERECHO PROCESAL. ORALIDAD.

1) Durante el debate se planteó la nulidad de la cesura en función de lo dispuesto por el art. 177, seg. párr. del CPP, habiéndolo rechazado el Tribunal de juicio por entender

que en realidad nunca se habían iniciado las audiencias. Dicha decisión fue confirmada por el Tribunal revisor al considerar que, efectivamente, no se podía hablar de que propiamente se hubiera iniciado el juicio de cesura, pues sólo se informó lo sucedido -oralmente, cfr. art. 7, CPP- ergo no existieron las invocadas suspensiones.

Ver texto completo:

Volver al índice -Por Organismo
-Por Tema
-Por Carátula